Hase, Eduard Friedrich,

Das Jus postliminii und die Fictio legis Corneliae Eine rechtshistorische Abhandlung

Halle 1851

Hase

Das

Jus Postliminii

und die

Fictio Legis Corneliae.

Eine rechtshistorische Abhandlung

von

Dr. Ed. Friedr. Hase,
Privatdocenten der Rechte und außerordentlichem Beisitzer des Spruchcollegiums an der Universität Halle.

Halle,
C. E. M. Pfeffer.
1851.

Sr. Excellenz

Herrn

Karl Christian von Wüstemann,

Herzogl. Sachsen-Altenburg. Wirkl. Geheimenrath a. D.,
Großkreuz und Comthur hoher Orden
u. s. w. u. s. w.

in

tiefster Verehrung

gewidmet.

Vorrede.

Die Veranlassung zur ausführlichen Behandlung des vorliegenden Gegenstandes wurde mir durch mehrere Specialuntersuchungen gegeben, welche ich zum Zwecke der Vorbereitung einer größeren Arbeit — über testamentarische Substitutionen und die Pupillarsubstitution insbesondere — zu machen genöthigt war. Indem ich hierbei nach einer umfassenderen Darstellung des im Postliminium und der Cornelischen Fiction enthaltenen eigenthümlichen Rechtes in der neueren juristischen Litteratur suchte, ward ich auf eine Lücke aufmerksam, die mir um so empfindlicher schien, je öfter und in je mannigfaltigeren Beziehungen die Anwendungen dieser Rechtssätze bei einer weiteren Verfolgung des Thema's wiederkehrten. Angeregt hierdurch, wie nicht minder angezogen durch die Feinheit mancher Entscheidungen, die sich hierbei in den Rechtsquellen vorfanden, entstand in mir der Plan zum Versuche einer eigenen Darstellung dieser Materie, dessen Ausführung ich in dem Nachfolgenden darlege.

In wiefern hierdurch ein tüchtiger Baustein zum Wiederaufbau classischer Jurisprudenz geliefert worden, wird von der Entscheidung competenterer Richter abhängen, deren gerechtes Urtheil ich gern erwarte, wenn ich auch besorgen muß, daß die Wichtigkeit des behandelten Gegenstandes

dem Umfange der Arbeit gegenüber von Manchen bezweifelt werden könnte. Denn man ist leider in neuerer Zeit wieder mehr als je gewohnt worden, besonders in juristischen Dingen den Werth lediglich nach dem Bedürfnisse und den praktischen Anforderungen des Augenblickes zu bemessen. Einer Beurtheilung von dieser Seite würde allerdings im vorliegenden Falle wenig Abwehr entgegenzustellen sein; sie wird aber denen gegenüber nicht einmal nöthig sein, welche das Wesen der Rechtswissenschaft nicht blos in einem Conglomerat praktisch brauchbarer Kenntnisse, sondern in der allseitigen, geordneten Erkenntniß des Rechtes, des werdenden wie des gewordenen, finden. Und hiefür schien mir, besonders durch Interpretation der auf unsern Gegenstand sich beziehenden Stellen unserer noch praktischen Rechtsquellen, noch Manches zu leisten zu sein. Sollten daher auch nur diese der aufgewendeten Mühe einige Anerkennung zu Theil werden lassen, so würde mir schon dies genügende Belohnung für die mannigfachen Schwierigkeiten sein, welche auf dem wenig vorbereiteten Boden zu überwinden waren.

Halle, den 13. October 1850.

Dr. C. F. Hase.

Inhalt.

Einleitung.

Abtheilung I.

Das jus postliminii.

Abtheilung II.

Die fictio legis Corneliae.

Einleitung.

§. 1.

Allgemeine Grundsätze.

Das altrömische Kriegsrecht stellte es als einen allgemein feststehenden Grundsatz auf, daß dem Feinde gegenüber der kriegführenden Partei die Occupation von Personen, wie von Sachen im vollsten Umfange offen stehe. Wenn es überhaupt als vollkommen erlaubt galt, gegen das feindliche Volk mit allen nur immer zu Gebote stehenden Mitteln der Gewalt zu verfahren, so mußte danach auch dem Occupanten, der es vorzog, statt den dem Feinde gehörenden Gegenstand zu zerstören und zu vernichten, sich desselben zu dauerndem Rechte zu bemächtigen, das vollste und unbeschränkteste Recht über den occupirten Gegenstand zugesprochen werden. Der gefangene Feind kam daher durch die Gefangennehmung bei den Römern in die Stellung eines Sclaven; Sachen, welche, dem Feinde angehörig, in die Hände der Römer fielen, verfielen dem Sieger zu unbeschränktem Eigenthume[1]).

Daß die Römer in der That im Verhältnisse zu den ihnen gegenüberstehenden Feinden von diesen Grundsätzen sich

1) Gaj. II. §. 69. Ea quoque, quae ab hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt. Cf. IV. §. 16. — §. 17. Inst. de rerum divis. II. 1. — Fr. 5. §. 1. Dig. de acquir. rer. dominio XLI. 1.

leiten ließen, wird nach den zahlreichen Aeußerungen juristischer und unjuristischer Schriftsteller, wie den Beispielen, welche ihre Kriegsgeschichte für die Anwendung derselben darbietet, einer weiteren beweisenden Ausführung nicht bedürfen [1]). Aber sie waren weit entfernt, diese Grundsätze blos zu ihren Gunsten, wenn sie der obsiegende Theil waren, anzuerkennen: es stellen sich dieselben vielmehr als der Ausfluß einer allgemeinen Völkerrechtsansicht dar, von welcher sie sich ebenso gebunden betrachteten, wie sie das daraus sich ergebende Recht zu ihren Gunsten anwandten. Indem man überhaupt das Verhältniß der Staaten unter einander im Lichte eines reinen Dualismus ansah, ohne sich zur Anerkennung einer höheren, über den einzelnen Staatenindividuen stehenden und waltenden Macht erheben zu können, blieb man auch hinsichtlich der Privatverhältnisse der Mitglieder der verchiedenen Staaten gegen einander bei der primitivsten und kindlichsten Anschauungsweise stehen, daß neben einer ursprünglich völlig gleichen [2]) Befugniß Aller zur Beherrschung der umgebenden Außenwelt nur der ein Recht für sich habe, der zugleich die Macht besitze, die in dem Recht liegende Herrschaft gegen fremde Eingriffe schützen und vertheidigen zu können. Coincidenz des Faktischen und Rechtlichen war daher der Grundsatz, der die Verhältnisse den auswärtigen Nationen gegenüber bestimmte [3]): und wenn dieser Grundsatz auch natürlich späterhin überall da in Wegfall kommen mußte,

---

1) Vgl. im Allgemeinen Ossenbrüggen, de jure belli ac pacis Romanorum, Lips. 1836. pag 44 seqq. — C. Sell, die Recuperatio der Römer, Braunschw. 1837. S. 1—33. — Müller-Jochmus, Geschichte des Völkerrechts im Alterthume, Leipzig. 1848. S. 131 ff.

2) Vgl. die Ableitung von hostis bei Huschke, in Richter's Jahrb. für d. Rs.-W. Jahrg. 1837. S. 863. 864.

3) Am reinsten ist dieser Grundsatz in dem Verhältniß der einzelnen cives den einzelnen hostes gegenüber festgehalten (auf dem Gebiete des sogen. internationalen Privatrechts). Die Modalitäten, welche

wo die Völker ihre Verhältnisse gegenseitig unter den Schutz eines Bündnisses stellten, so erhielt sich derselbe doch den Nationen gegenüber, bei denen gerade ein solches vermittelndes Band fehlte, so wie für den Fall in Kraft, wenn mit einer vielleicht früherhin föderirt gewesenen Nation ein wahrer Kriegsstand ausgebrochen war. Der faktische Verlust der Freiheit durch die Gefangennehmung zog immer in diesen Fällen auch für den Römer den Verlust des Rechtes auf Freiheit selbst nach sich; mit der Occupation von Sachen durch den Feind ging nicht blos der Besitz, sondern mit diesem zugleich auch das Recht des Eigenthumes selbst für den bisherigen Eigenthümer verloren und auf den feindlichen Occupanten über[1]).

Die Anwendung dieser Grundsätze mußte jedoch dann auf Schwierigkeiten stoßen, wenn das wechselnde Kriegsglück Sachen, die vom Feinde occupirt gewesen waren, wieder in die Gewalt der Römer zurückführte, oder wenn es gefangenen Römern gelang, sich wieder aus den Händen der Feinde zu befreien. Wenn man dabei stehen geblieben wäre, daß die Feinde durch

---

in dem Verhältniß der Staaten zu einander durch das Gesandtschaftsrecht, jus fetiale u. s. w. Statt fanden, berühren unsere Untersuchung nicht weiter.

1) Nach der gewöhnlichen Rechtsansicht geht man freilich bei der Beurtheilung des Verhältnisses zwischen Römern und Nichtrömern davon aus, daß zwischen beiden eigentlich gar kein Recht Statt gefunden habe, vielmehr beide sich gegenseitig als des Rechtsschutzes untheilhaftig oder für ganz rechtlos betrachtet hätten. Diese Ansicht liegt auch der Schrift von C. Sell, die Recuperatio der Römer, zu Grunde. Wie unbewiesen die ganze Behauptung ist und wie wenig sie dem eigentlich römisch rechtlichen Standpunkte entspricht, ist besonders von Huschke, in der Recens. dieser Schrift in Richter's Jahrbüchern a. a. O. S. 863. 864. gezeigt worden. Vgl. z. B. Cic. de officiis III. 29. Regulus non debuit conditiones pactionesque bellicas et hostibus perturbare perjurio. Cum *justo* enim et *legitimo* hoste res gerebatur, adversus quem et totum *jus* fetiale, et multa sunt *jura* communia. Quod ni ita esset, nunquam claros viros senatus vinctos hostibus dedidisset. Auch die ganze Idee eines *jus* postliminii steht dieser Ansicht der Sache strikt entgegen.

ihre Occupation ebenso Herren der den Römern abgenommenen Sachen und Personen wurden, wie die Römer das unbeschränkte Recht über die gefangenen Feinde und das ihnen abgenommene Gut in Anspruch nahmen, so konnte die rechtliche Consequenz eigentlich keine andere sein, als daß auch die den Feinden nur wieder abgenommenen Sachen und Personen dem Rechte feindlicher Sachen folgten, gleichviel ob sie früher einmal bei den Römern gewesen waren oder nicht. Der gefangene Römer war durch die Gefangennehmung aus allen seinen früheren Rechten ausgetreten und zum servus hostium geworden; als solcher und nicht als Römischer Bürger, mußte er wieder zurückkehren, wenn es ihm gelang, sich von der feindlichen Gewalt zu befreien. Und dasselbe hätte eigentlich von den Sachen, die von den Feinden früherhin den Römern abgenommen worden waren, gelten müssen. Nicht als solche konnten sie jetzt in Betracht kommen, sondern als Sachen der Feinde, welche dieselben nach dem allgemein anerkannten Kriegsrecht zu vollem Rechte erhalten hatten und an dem alle früheren Anrechte in Folge der feindlichen Occupation vollkommen untergegangen waren. Allein berechtigt in Bezug ihrer konnte danach nur derjenige erscheinen, welcher sie jetzt wieder von den Feinden an sich brachte; sein Recht aber war die unbeschränkte Gewalt, welche ihm das Kriegsrecht gab.

In der That scheute man sich auch nicht, diese Consequenz aus den obigen Grundsätzen als die allgemeine Regel zu ziehen: allein bei gewissen Gegenständen erlitt diese Regel doch eine Ausnahme, welche, wie es scheint, nicht blos bei den Römern, sondern auch bei anderen Nationen ebenso allgemein, wie der Grundsatz der occupatio bellica, Anwendung fand [1]). Diese Ausnahme wird durch das jus postliminii gebildet. Ge-

1) Festus s. v. postliminium. Quae genera rerum ab hostibus ad nos postliminium redeunt, eadem genera rerum a nobis ad hostes redire possunt.

stützt auf dies Recht nahm man an, daß die vor ihrer Gefangennehmung frei gewesenen Römer, so wie bestimmte Sachen, wenn die Gewalt der Feinde über sie aufhörte, so in ihren früheren rechtlichen Zustand zurückgetreten seien, als wenn derselbe überhaupt nie unterbrochen gewesen wäre [1]). Der Römer, sobald er, aus den Händen der Feinde befreit, wieder intra praesidia eintrat, erlangte nicht blos von diesem Augenblicke an die Stellung und die Rechte wieder, welche er früher inne gehabt hatte; es wurde sogar juristisch fingirt, daß jene Rechte überhaupt nie verloren gewesen wären. Dieselbe Wirkung nahm man aber bei den Sachen an, auf welche sich das Recht des Postliminium erstreckte. Es lebten mit dem Momente, wo dieselben wieder in die Gewalt der Römer zurückgebracht waren, auch alle die dinglichen Rechte an ihnen wieder auf, die vor dem Verluste an die Feinde an ihnen zugestanden hatten, und zwar auch bei ihnen in der nämlichen Weise, daß sie vermöge einer juristischen Fiction als nie verloren oder nie unterbrochen angesehen wurden [2]).

Mit dieser, in dem Postliminium liegenden Fiction stand aber noch eine ähnliche andere in enger Verbindung, welche durch ein eigenes Cornelisches Gesetz eingeführt wurde. Wenn der gefangene Römer bei den Feinden verstarb, so konnte das jus postliminii deshalb keine Anwendung finden,

---

1) Paulus fr. 19. pr. Dig. de captivis et postlim. revers. IXL. 15. Siehe unten S. 17.

2) Die beste ältere Darstellung des jus postliminii ist von Jos. Fern. de Retes, Opuscul. Lib. VI. de postliminio juris gentium et quiritum, Salmant. 1658. fol. (auch aufgenommen in Meermann. Thesaur. Tom. VI. pag. 274—307). Fast wörtlich ausgeschrieben ist dieselbe von Majansius in Disputt. jur. (L. B. 1752. 4.) Disput. XIII. Reiche Ausbeute liefern außerdem die Schriften des Cujacius, besonders seine Observationen (Lib. IV. 9. XI. 23. XXVI. 2. XXVII. 33 u. a.), sowie A. Faber in seinen Conjecturae juris civilis Lib. X. und in Jurisprudent. Papinianea Tit. XI. pr. 7. Eine neuere Dissertat. von R. Teller, de postliminio, Lips. 1758. 4. habe ich nicht erlangen können.

weil eine wesentliche Voraussetzung desselben die war, daß eine Rückkehr des Gefangenen unter den Schutz des römischen Staates erfolgt sei. Für diesen Fall, der doch häufig genug eintreten mußte, blieb daher nichts Anderes übrig, als den Römer wirklich als Sclav verstorben zu betrachten; denn der nicht wieder aufgehobene Zustand eines servus hostium war es, in welchem der Gefangene verstorben war. Aber indem man von dieser Ansicht ausging, mußten sich bei der Regulirung der Successionsverhältnisse des so Verstorbenen viele Härten und Schwierigkeiten herausstellen. Denn einestheils konnte dann an eine testamentarische Succession in das hinterlassene Vermögen natürlich nicht gedacht werden, da ja durch die capitis deminutio maxima, welche mit der Verwandlung des freien Bürgers in einen Sclaven verbunden war, das etwa früher errichtete Testament zerstört worden, und ein während der Gefangenschaft errichtetes ohnehin als von einer unfähigen Person ausgegangen nicht respectirt werden konnte. Anderntheils war aber auch die Intestatsuccessionsordnung ausgeschlossen; denn als Sclav, als welcher der Gefangene verstorben war, konnte derselbe ebensowenig weder von sui heredes noch von Agnaten oder Gentilen, ja im strengsten Sinne selbst nicht einmal von erbberechtigten Cognaten beerbt werden [1]). Damit war augenscheinlich die Ordnung der Hinterlassenschaft auf einen sehr unsichern Boden gestellt. Die fictio legis Corneliae half diesen Uebelständen in der befriedigendsten Weise ab. Starb ein Römer als Gefangener bei den Feinden, so sollte es nach diesem Gesetze so angesehen werden, als ob derselbe im Momente seiner Gefangennehmung, das ist im letzten Augenblicke seiner Freiheit, verstorben wäre [2]). Mit der

---

1) Ulpianus fr. 3. §. 1. Dig. de verb. signific. Ejus, qui apud hostes decessit, dici hereditas non potest, quia servus decessit.

2) Ulpian. fr. 18. Dig. h. t. libr. XXXV. ad Sabin. In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, quum captus est.

Annahme dieser Fiction hatte man beides: die Möglichkeit einer Beerbung aus dem Testamente, das nun nicht mehr an dem Mangel eines testamentum irritum factum litt, da der Testirer in civitate verstorben fingirt wurde, aber auch Wegfall der Hindernisse, welche der Intestatsuccession entgegenstanden, da die Rechte der sui heredes, Agnaten und Gentilen durch das Zurückdatiren der Todeszeit des Erblassers auf den letzten Moment der Freiheit vollständig gewahrt und erhalten waren.

Die nachfolgende Abhandlung hat es sich zur Aufgabe gestellt, die beiden angeführten Fictionen in ihrer successiven Entwickelung, ihren Anwendungen und weitgreifenden Wirkungen auf fast alle Theile des Privatrechtes näher darzulegen. Dieselbe beginnt billiger Weise mit dem jus postliminii als dem offenbar älteren und von den Römischen Juristen selbst bei weitem ausgebildeteren Rechte. Die Fiction des Cornelischen Gesetzes, welche selbstverständlich in ihrer Anwendung weit weniger Schwierigkeiten darbot, da es hierbei nach Feststellung des in ihr liegenden Grundsatzes nur auf richtige Anwendung der gewöhnlichen Successionsregeln ankam, wird den Gegenstand der zweiten Abtheilung bilden.

Abtheilung I.

Vom Postliminium.

---

§. 2.

I. Etymologie des Wortes Postliminium.

Cicero in seinen Topiken [1]) weist mit vollem Rechte auf den großen Nutzen hin, der sich oftmals für eine Untersuchung daraus ergiebt, wenn man dabei auch die Etymologie der hierbei vorkommenden Worte und Bezeichnungen mit zu Rathe zieht. Eine monographische Darstellung eines Rechtsinstitutes, welches offenbar bis in eine sehr frühe Zeit des Römischen Rechtslebens hinaufgeht, wird um so weniger umhin können, auch diese etymologische Seite bei der Darstellung nicht unberührt zu lassen, in je innigerer und unmittelbarerer Wechselbeziehung gerade für die ältere Zeit Sprache und Recht zu stehen pflegen. Diese innere Verbindung ist besonders bei den deutschen Rechtsinstituten klar zu Tage tretend und auch von den Germanisten nie verkannt worden: wenn dies bisher dagegen noch weniger von den Instituten des römischen Rechtes

---

1) Topic. c. 8. Multa etiam ex notatione sumuntur. Ea est autem, quum ex vi nominis argumentum elicitur: quam Graeci ἐτυμολογίαν vocant, id est, verbum ex verbo, veriloquium: nos autem novitatem verbi non satis apte fugientes, genus hoc notationem appellamus, quia sunt *verba rerum notae*. —

gesagt werden kann, so liegt der Grund hiervon offenbar nicht darin, daß es hier an einer solchen Wechselbeziehung fehlte, als darin, daß man bei der in der Regel ausgezeichneten juristischen Behandlung bis jetzt noch weniger Veranlassung gefunden hat, auch diese etymologische Seite mit in den Kreis einer juristischen Untersuchung zu ziehen.

In dem vorliegenden Falle muß jedoch die Aufforderung, auch diese Seite nicht unberührt zu lassen, noch speciell darin gefunden werden, daß Cicero in der angezogenen Stelle selbst sich beispielsweise auf das Wort postliminium als einen Beleg seiner Behauptung berufen hat[1]). Wir erfahren aus dieser Anführung zugleich, daß bereits die Juristen seiner Zeit nicht blos über diesen Punkt Untersuchungen angestellt hatten, sondern auch in denselben zu divergirenden Ansichten gelangt waren. Zwei Meinungen besonders werden uns von Cicero vorgetragen, die damals über den Ursprung des Wortes postliminium im Gange waren. Als Vertreter der einen wird Servius Sulpicius Rufus, als Vertheidiger der anderen Quintus Mucius Scävola, der Sohn des Publius Scävola, des Pontifex Maximus, genannt.

Servius[2]) war danach der Meinung, das Wort postliminium sei nichts Anderes, als die substantive Form der Par-

---

1) Multa igitur in disputando notatione eliciuntur ex verbo: ut, quum quaeritur *postliminium* quid sit, non dico, quae sint postliminii (nam id caderet in divisionem, quae talis est: postliminio redeunt haec, homo, navis, mulus clitellarius, equus, equa, quae frena recipere solet); sed quum ipsius postliminii vis quaeritur, et verbum ipsum notatur. In quo Servius noster (ut opinor) nihil putat esse notandum, nisi *post*; et liminium illud productionem esse verbi vult, ut in *finitimo*, *legitimo*, *aeditimo*, non plus inesse *timum*, quam in *meditullio tullium*. Scaevola autem, P. F., junctum putat esse verbum, ut sit in eo et *post* et *limen*; ut quae a nobis alienata sunt, quum apud hostes pervenerint, et ex suo tanquam limine exierint, dein quum redierint post ad idem limen, postliminio videantur rediisse.

2) Cicero schiebt nach den Worten Servius noster ein „ut opinor" ein, wodurch es freilich zweifelhaft wird, ob diese Etymologie auch

tikel post; das der Stammsilbe noch angehängte liminium sei nur eine Verlängerung ohne selbstständige Wurzel und Bedeutung, vergleichbar dem timus in finitimus, legitimus und aeditimus, oder gleich dem tullium in meditullium. Scävola dagegen erklärte mit Bezug auf eben diese Endung liminium das Wort für ein zusammengesetztes, entstanden aus post und limen, und bestimmte, wie Cicero angibt, die Beziehung beider Worte in ihrer Vereinigung auf die Weise, ut, quae a nobis alienata sunt, cum ad hostem pervenerint, et ex suo tanquam limine exierint, *dein cum redierint post ad idem limen*, *postliminio* videantur rediisse [1]).

Von beiden Erklärungen hat die letztere des Scävola sich von jeher unter Juristen, wie Nichtjuristen eines größeren Beifalls zu erfreuen gehabt [2]); sie muß sicherlich auch nach allen Regeln der Etymologie als die allein zulässige Ableitung

---

wirklich von Servius angenommen worden war. Wunderbar muß dieser etymologische Versuch immerhin gerade bei Servius erscheinen, wenn Gellius Noct. Att. VI. 12. von demselben Juristen anführt, er habe das Wort testamentum als ein aus testari und mens zusammengesetztes (a mentis contestatione) erklärt.

1) Boëthius Comm. Lib. IV. ad h. l. (Orelli pag. 337.) „— quia ad idem *limen*, quod reliquit, *post* revertitur —". Eine dritte, mehr legendenartige Ableitung findet sich bei Plutarch. Quaest. Rom. Cap. V.

2) Sie ist angenommen in den Excerpten des Paulus Diaconus aus Festus s. v. postliminium: postliminium receptus dicitur is, qui extra limina, hoc est terminos provinciae captus fuerat, rursus ad propria revertitur. (Die ursprünglichen Worte des Festus, aus welchen dies Excerpt genommen ist, sind verloren gegangen.) — Noch vollständiger findet sich diese Etymologie in den Institutionen angenommen: §. 5. Inst. quib. mod. jus potest solvitur I. 12. Dictum est autem postliminium a *limine* et *post*, unde eum, qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, *postliminio* reversum recte dicimus. Nam limina sicut in domibus finem quendam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. Hinc et limes dictus est, quasi finis quidam et terminus; ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur, quo amissus fuerat. Von neueren Interpreten siehe Hugo Grotius, de jure

bezeichnet werden. Es ist zunächst nicht zu übersehen, daß die für die Meinung des Servius angeführten Beispiele insofern gar nicht mit dem Worte postliminium gleichgestellt werden können, als bei jenen die Verlängerung zu einem Substantivum (finis, lex, aedes) hinzugesetzt ist, um daraus ein Adjectivum zu bilden, während bei dem Worte postliminium, wenn man die Etymologie des Servius gelten läßt, die Verlängerung zu einer nackten Partikel hinzugetreten wäre, um ein Substantivum daraus zu machen. Für eine solche Wortbildung aber möchte sich in der lateinischen Sprache schwerlich ein zweites Beispiel aufweisen lassen. Aber selbst abgesehen davon ist gewiß die Verlängerung timus nicht gleichzustellen mit liminium, selbst nicht tullium in meditullium, bei welchem letzteren es ohnehin immer noch zweifelhaft bleiben möchte, ob dies als eine reine Verlängerung von medium anzusehen ist, wie zwar von Cicero und nach ihm noch von Boëthius behauptet wird. Die Stammsilbe lim, limes tritt aus liminium zu deutlich hervor, als daß sie übersehen werden könnte; und so wenig man geneigt sein wird, den sprachlichen Gegensatz von postliminium, welcher in dem Worte eliminare vorkommt, als eine blos verlängerte Form von e, ex zu erklären, so wenig wird eben deshalb die Meinung des Servius über das Wort postliminium sich rechtfertigen lassen. Offenbar kommt aber auch, wenn man diese Zusammensetzung aus post und limen annimmt, ein viel verständlicherer und namentlich dem Begriffe des damit bezeichneten Rechtes weit besser entsprechender Sinn zu Tage, als wenn man das Wort blos als die substantive Form des Adverbiums post betrachten wollte. Der Ausdruck limes, Schwelle, als Bezeichnung der Staatsgrenze, gibt für die ältesten Ver-

---

belli ac pacis Lib. III. cap. 9. Göttling, Geschichte der röm. Staatsverfassung S. 117. Becker, Römische Alterthümer Th. II. Abth. 1. S. 109.

hältnisse des jungen Gemeinwesens ein völlig anschauliches Bild ab; daß aber in dem Wiedereintritt in die Grenzen des Staates eine wesentliche Voraussetzung des ganzen Rechtes des postliminium lag, wird sich weiter unten noch genauer ergeben.

Nehmen wir aber auch somit nach Scävola die Zusammensetzung aus post und limen an, so wird man doch andererseits in der Hinsicht der Erklärung desselben nicht unbedingt beipflichten können, welche er den beiden Worten in ihrer Beziehung zu einander zu geben versucht hat. Nach dieser Erklärung, wie sie von ihm in den oben angeführten Worten Cicero's gegeben ist, würde das erste post adverbialiter für postea, rursus zu nehmen sein, so daß mit dem Worte postliminium zugleich eine Hinweisung auf das frühere Heraustreten ex limine, auf die Gefangennehmung des jetzt wieder aus derselben in den heimathlichen Staat Zurückkehrenden gegeben sei. Beide Worte, post und limen, würden hiernach, ohne unter sich selbst verbunden zu sein, zusammengestellt worden sein. Allein eine solche Zusammenstellung ohne innere Beziehung erscheint weder natürlich, noch entspricht ihr auch die verwandte Bildung des Wortes eliminare, bei welchem doch offenbar das e oder ex nicht allein für sich, sondern als Präposition zu dem zweiten Worte der Zusammensetzung, limes, zu denken ist. Vielleicht hierdurch mit bewogen hat Göttling[1]), indem er postliminium mit pomoerium zusammenstellt, die Meinung aufgestellt, daß mit postliminium ursprünglich „der gleich diesseits der Römischen, durch den Augur geweiheten Grenze (post limina) befindliche Raum" bezeichnet worden sei. Göttling nimmt hiernach eine ursprünglich rein locale Bedeutung von postliminium an, der sich späterhin erst die rechtliche Bedeutung zugesellt habe, und er beruft sich für diese Erklärung noch insbesondere einmal auf die Redeweise post-

---

1) Geschichte der röm. Staatsverfassung. S. 117.

liminium reverti, recipi, die sich bei **Festus s. v.** postliminium und in den Excerpten des **Paulus Diaconus s. v.** postliminium receptus finden [1]), weiter aber auch auf eine Stelle der Institutionen [2]), in denen diese locale Bedeutung erkennbar sein soll. Allein so ähnlich auch die Worte pomoerium und postliminium in ihrer Zusammensetzung sind, so würde es doch gewiß ein unberechtigter Schluß sein, wenn man, gestützt auf diese bloße Aehnlichkeit der Wortbildung und weil pomoerium eine locale Bedeutung hat, diese auch bei postliminium annehmen wollte: in der That könnte aber nur darauf diese Annahme gestützt werden, da die beiden anderen, von Göttling angeführten Argumente seine Ansicht keineswegs unterstützen. Denn was die angezogene Institutionenstelle betrifft, so sagt diese nur, daß limes bildlich hier für finis imperii zu nehmen sei, und schließt sich im Uebrigen gerade an die Erklärung des Scävola an [3]), ohne irgend Etwas von einer localen Bedeutung des postliminium zu erwähnen. Was aber den Ausdruck postliminium recipi, reverti bei Festus und Paulus Diaconus anlangt, so ist zwar allerdings so viel gewiß, daß an eine Umänderung desselben in die sonst bei unseren juristischen Classikern und auch schon bei Aelius Gallus [4]) vorkommende Form postliminio recipi, reverti nicht gedacht werden kann [5]), da das zweimalige Vorkommen des Accusatives in der nämlichen Stelle, so wie die Uebereinstimmung mit den

---

1) Siehe dieselben Seite 10. Not. 2.

2) Göttling citirt Inst. I. 5. Es ist wohl §. 5. Inst. I. 12. (siehe Seite 10. Not. 2.) gemeint.

3) Besonders in den Worten: „unde eum, qui ab hostibus captus in fines nostros *posteà* pervenit, postliminio reversum recte dicimus.

4) Cicero Top. c. 8.

5) Dies will doch noch Heimbach, Aelii Galli JCti de verborum quae ad jus civile pertinent fragmentis. Lips. 1823. pag. 20. vgl. mit pag. 89.

Excerpten des Paulus Diaconus über die Aechtheit und Absichtlichkeit desselben einen Zweifel nicht aufkommen läßt; allein die Verbindung läßt sich gewiß ebenso ungezwungen erklären, wenn man auch gerade keine locale Bedeutung des Wortes postliminium annimmt. Es genügt, wenn man auch nur die sonst allgemein gebräuchliche Bedeutung von postliminium zu Grunde legt, wonach es als das Substantivum für die sonst bei diesem Rechte häufig vorkommenden Verbalverbindungen in fines redire, in fines recipi, in fines intrare, intra praesidia reverti anzusehen ist und den Act der Rückkehr hinter die Grenze (post limina) bezeichnet. Passende Analogieen dafür, daß auch bei dieser Bedeutung die Construction postliminium reverti gewählt werden konnte, bieten die Ausdrücke inlicium populum vocare und postilionem postulare virum bei Varro [1]) dar. Natürlicher blieb freilich immer, die Ablativform anzuwenden; in der That findet sich aber auch diese sonst immer, so daß die Stellen des Festus nur als singuläre Ausnahmen erscheinen und nicht einmal zum Beweise für eine ältere Form benutzt werden können, da, wie bereits bemerkt, schon Aelius Gallus die Verbindung postliminio recipi gebrauchte. Umgekehrt würde gerade, wenn man die Meinung Göttling's zu Grunde legte, schwer damit zu vereinigen sein, wie die besonders in der Verbindung mit reverti, recipi doch ungleich näher liegende locale Bedeutung der Worte postliminium späterhin durch die rechtliche, die doch bei der Verbindung postliminio reverti, recipi vorauszusetzen ist, so ganz verdrängt werden konnte. Auch liegt es gewiß näher, ein auf die Rückkehr aus der Gefangenschaft sich basirendes Recht nach dem Acte dieser Rückkehr selbst zu benennen, als den Namen des Ortes, wohin die Rückkehr erfolgt sein muß, da-

---

1) de lingua latina V. §. 148. VI. §. 94. — O. Müller ad l. Festi s. v. postliminium receptum.

mit das Recht wirksam werde, auf dies Recht selbst zu übertragen.

In unseren Rechtsquellen kommt im Uebrigen bald der Ausdruck jus postliminii, bald postliminium allein zur Bezeichnung des Rechtes vor. Die sonstigen Verbindungen werden gewöhnlich mit postliminio redire[1]), reverti[2]), jure postliminii recipere[3]), postliminium habere[4]), postliminium esse alicui[5]), jure postliminii recuperare[6]) u. a. gemacht. —

§. 3.

II. Begriffsbestimmung des jus postliminii.

Postliminium in bello und in pace.

Das Wesen des jus postliminii ist schon in der Einleitung dahin bestimmt worden, daß es das Recht sei, vermöge dessen Personen und gewisse Arten von Sachen, welche in die Gewalt eines feindlichen Volkes gekommen waren, nach einer Fiction wieder ganz in ihre frühere rechtliche Stellung zurücktreten, sobald die feindliche Gewalt über sie aufgehört hat und sie wieder innerhalb der Grenzen der römischen Staaten sich befinden. Jener Zwischenzustand bei dem feindlichen Volke wird als gar nicht eingetreten angesehen. Dem zurückgekehrten Bürger werden alle Rechte, die er vor seiner Gefangennehmung hatte, so restituirt, als wäre er nie in Gefangenschaft gewesen, sondern immer in civitate verblieben. An Sachen, auf welche das postlimimium Anwendung findet, leben alle die Rechte wieder auf, welche vor der feindlichen

1) fr. 9. Dig. de captivis IXL. 15. u. a. m.

2) fr. 4. 5. §. 3. Dig. h. t. u. a. m.

3) fr. 14. §. 1. Dig. h. t. u. f. f.

4) fr. 8. Dig. h. t. u. a. m.

5) fr. 19. §. 4. Dig. h. t. u. a. m.

6) fr. 8. Dig. h. t.

Occupation daran zugestanden hatten, gleich als wenn jene Occupation nie erfolgt wäre. Das jus postliminii gab daher nicht blos ein Anrecht auf Restitution, es erfolgte nicht blos ein Zurückgeben der durch die feindliche Caption zerstörten Rechtsverhältnisse, sondern es übte dasselbe auch eine rückwirkende Kraft aus und sah, wenn einmal nur die Bedingung des postliminium vorhanden war, die Verhältnisse rückwärts so an, daß die feindliche Occupation als nicht geschehen galt.

Die Beweise für diesen Grundgedanken des jus postliminii, der freilich noch einzelner Modificationen wohl fähig war und solche auch wirklich erhielt, liegen zahlreich genug in unseren Rechtsquellen vor. Zwar treten dieselben nach der eigenthümlichen Natur dieser Quellen mehr in den einzelnen Anwendungen hervor, die von dem Postliminium gemacht werden; nichts destoweniger fehlt es auch nicht an Stellen, in welchen diese Grundsätze allgemeiner in Form von Erklärungen oder Definitionen ausgesprochen werden.

Hierher gehört zunächst eine Stelle des Pomponius [1]), in welcher der Ausdruck postliminium habet, der von einem aus der feindlichen Gefangenschaft Zurückgekehrten gebraucht wird, dahin erklärt ist:

postliminium habet, id est perinde omnia ei restituuntur jura, *ac si captus ab hostibus non esset.*

Ebenso allgemein giebt Ulpian den Grundsatz des jus postliminii in fr. 16. Dig. h. t. (libr. VIII. ad Sabinum) dahin an:

Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit,

und in derselben Weise sprechen sich auch die Institutionen in §. 5. quibus mod. jus potest. solv. I. 12 aus, in welchen es heißt:

---

1) fr. 5. §. 1. Dig. de captivis et postliminio. IXL. 15.

Idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate, quia *postliminium fingit eum, qui captus*[1]) *est, semper in civitate fuisse.*

Am ausführlichsten wird aber das ganze Wesen des jus postliminii in einer Definition des fr. 19. pr. Dig. h. t. (IXL. 15) angegeben, welches von Paulus (Lib. XVI. ad Sabinum) herrührt:

Postliminium est jus amissae rei recipiendae ab extraneo et statum pristinum restituendae inter nos ac liberos populos regesque moribus ac legibus constitutum. Nam quod bello amisimus aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimus postliminio recipere. Idque naturali aequitate introductum est, ut, qui per injuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos rediisset, pristinum jus suum reciperet[2]).

Die Stelle wiederholt nicht nur im Allgemeinen, was über den Grundsatz des jus postliminii bereits in den früher angeführten Zeugnissen gesagt ist, sondern gibt zugleich über die Entstehung desselben und über seine Eintheilung des postliminium Aufschluß, welche auch sonst noch an mehreren Orten widerkehrt. Das Recht des postliminium wird als ein jus inter nos ac liberos populos regesque moribus ac legibus constitutum bezeichnet und weiter unten noch einmal der Grund seiner Einführung auf eine naturalis aequitas zurückgeführt. An einem anderen Orte wird von Modestinus ein auf das postliminium sich gründender Satz[3]) mit antiquitus placuit angeführt. Diese Ausdrücke können, zusammengehalten mit dem ganzen Wesen des Rechtes keinen Zweifel darüber lassen, daß der im Postliminium liegende Rechtssatz schon in

1) Die Stelle ist Gaj. Inst. I. 129. nachgebildet. Doch fehlen gerade die angezogenen Worte im Original und sind daher erst von den Compilatoren anderswoher eingeschoben.

2) de Retes a. a. O. (Meermann Thesaur. Tom. VI. pag. 278.)

3) fr. 21. Dig. h. t. Vgl. auch Cic. de or. I. 40.

der frühesten Zeit Geltung hatte und vielleicht ebenso alt ist, als der römische Staat selbst. Er gehörte jenen Grundsätzen an, welche die Römer aus dem allgemeinen Rechtsbewußtsein aller italischen Völker übernahmen und wurde daher späterhin, als man die Unterscheidung zwischen jus civile und jus gentium in strengerer Weise zu begründen suchte, dem letzteren zugewiesen[1]), wiewohl er nicht eigentlich seine Wirksamkeit auf dem Gebiete des jus civile äußerte. Aber man wird auch noch weiter selbst die Behauptung aufstellen können, daß das Recht des Postliminium bereits in diesen ältesten Zeiten im Ganzen die nämliche Gestaltung hatte, wie wir sie in den jüngsten Römischen Rechtsquellen vorfinden, daß also hiernach das Recht im Wesentlichen von seiner ersten Entstehung an sich unverändert forterhalten hat. Zwar scheint Paulus in der angeführten Stelle auf Gesetze hinzuweisen, welche neben dem Gewohnheitsrecht auch die Grundsätze des Postliminium constituirt hatten: allein aus der Verbindung, in welcher die leges hier mit dem Worten inter nos ac liberos populos regesque erwähnt werden, geht wohl klar hervor, daß hier nicht sowohl an eine eigentliche Gesetzgebung zu denken ist, als vielmehr an die mannigfaltigen, in Folge von Volksschlüssen mit fremden Nationen abgeschlossenen Friedensschlüsse und Bündnisse[2]), bei denen natürlich das Recht des Postliminium immer wieder direkt oder indirekt anerkannt wurde. Weiterer eigentlicher Gesetze, welche etwa andere frü-

---

1) Isidorus Origin. V. 6. Jus gentium est sedium occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, *postliminia*, foedera pacis, induciae, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita, et inde jus gentium, quod eo jure omnes fere gentes utuntur. — de Retes a. a. O. p. 282.

2) Der Ausdruck ist zu verstehen, wie der Ausdruck lex convenit in der Definition der Reciperatio: Festus s. h. v. reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas *lex* convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque resque privatas inter se persequantur.

here Rechte modificirt hätten, geschieht in der That in Bezug auf das Postliminium nirgends Erwähnung, und Paulus würde schwerlich in derselben Stelle sich weiter unten auf die natürliche Billigkeit (naturalis aequitas) berufen haben, wenn unter den leges eigentlich gesetzliche Bestimmungen über das Recht des Postliminium zu verstehen wären[1]).

Paulus giebt aber zugleich in den Worten inter nos ac *liberos populos regesque* die Grundbedingung noch näher an, unter welcher allein es zur Anwendung des jus postliminii kommen konnte. Nur denjenigen Völkerschaften gegenüber, welche als völlig freie dem römischen Volke gegenüberstanden, erkannte man nach der Völkerrechtsansicht das Recht an, durch die Occupation Sachen mit vollem Rechte an sich zu bringen oder Gefangene in der Weise zu machen, daß der captivus in die Stellung eines servus mit Verlust seiner ganzen rechtlichen Stellung in dem heimischen Staate gelangte; nur solchen Völkerschaften gegenüber konnte daher natürlich die im Postliminium liegende Fiction, die auf jenen Verlust der rechtlichen Stellung durch die Caption oder Occupation sich basirt, Anwendung finden. Der Kreis der Anwendung dieses Rechtes mußte danoch in der späteren Zeit der römischen Herrschaft sehr geschmälert werden[2]), und unsere Rechtsquellen enthalten mehrere Stellen, welche

---

1) de Retes (bei Meermann p. 282.) bezieht nach dem Vorgange von Ramos das moribus auf das jus gentium, das legibus auf das jus civile und die Fortbildung, welche die allgemein bei den italischen Völkern angenommene Fiction des Postliminium gerade bei den Römern gefunden habe, und beruft sich hiefür auf eine ähnliche Gegeneinanderstellung in fr. 8. Dig. de ritu nuptiar. XXIII. 2. Allein weder gibt die angezogene Stelle des Pomponius den Gegensatz in dieser Weise, noch läßt sich sonst nachweisen, daß das Postliminium von den Römischen Juristen als ein theils dem jus gentium, theils dem Civilrechte angehörendes Institut betrachtet worden sei.

2) Als specielle Beispiele solcher Völkerschaften werden in den Pandekten nur Parther und Germanen genannt. fr. 24. 27. Dig. de captivis et postlim. rev.

darauf berechnet sind, diese Gränze der Anwendbarkeit noch näher zu bestimmen.

Selbstverständlich ausgeschlossen mußte die Anwendbarkeit des Postliminium in den Fällen bleiben, wo Jemand in Bürgerkriegen (civiles dissensiones) seiner Freiheit beraubt oder Sachen ihm weggenommen worden waren [1]). Diejenigen, welche in solchen Kämpfen einander gegenüberstehen, stehen doch nicht zu einander in dem Verhältnisse eigentlicher hostes. Wurden daher auch von dem einen Theile Gefangene gemacht und selbst als Sclaven verkauft, so trat doch mit dieser blos factischen Entziehung der persönlichen Freiheit noch keine status mutatio ein, wie sie mit der von einem hostis vorgenommenen Caption verbunden gewesen wäre. Der gefangene Römer blieb rechtlich immer civis Romanus, er behielt alle seine Rechte unbenommen, und es bedurfte daher hier keiner Restitution desjenigen, was ja rechtlich nie verloren gewesen war. Dasselbe galt begreiflicherweise auch von den Sachen, welche in Folge von Bürgerkriegen ihrem rechtmäßigen Eigenthümer entzogen worden waren. Da man in Betreff derselben den einander gegenüberstehenden Factionen ebenso wenig ein Recht zur Occupation zugestand, so kam es auch bei ihnen natürlich nicht zur Anwendung der jura postliminiorum. Noch weniger konnten dieselben natürlich dann Platz greifen, wenn die Wegnahme von Personen oder Sachen blos von Räubern (latrones, latrunculi, praedones) ausgegangen war [2]). In beiden Fällen fand nur eine Rechtsverletzung innerhalb des Gebietes der staatlichen Ordnung Statt, gegen welche die gewöhnlichen Rechtsmittel des Jus Civile aushalfen. Diese Sätze, die nur als Consequenzen des allgemeinen Principes erscheinen, werden in mehreren Stellen unserer Rechtsquellen ausdrücklich bestätigt.

---

1) Cujac. Observatt. Lib. XXVI. 2. — A. Faber, Jurisprud. Papin. XI. 8. 23.

2) Faber, Jurispr. Papin. XI. 8. 24.

Daß in **Bürgerkriegen** das Recht des Postliminium keine Anwendung litt, bezeugt **Ulpian** in fr. 21. §. 1. Dig. h. t. mit folgenden Worten:

Ulpianus libro V. Opinionum. In civilibus dissensionibus, quamvis saepe per eas respublica respublica laedatur, non tamen in exitium reipublicae contenditur. Qui in alterutras partes discedunt, vice hostium non sunt eorum, inter quos jura captivitatum aut postliminiorum fuerint, et ideo captos et venumdatos, posteaque manumissos placuit supervacuo repetere a principe ingenuitatem, quam nulla captivitate amiserant.

Die Stelle beginnt mit einem Satze allgemeinen Inhaltes, in welchem **Cujacius** vielleicht nicht mit Unrecht eine classische Reminiscenz vermuthet [1]). Der eigentliche Entschuldigungsgrund ist dadurch etwas zurückgetreten; er liegt in den Worten: qui in alterutras partes discedunt, vice **hostium** non sunt etc. Denn mochte man nun das Wort hostis im älteren oder im neueren Sinne nehmen [2]), so konnte der Begriff auf solche, welche sich in Bürgerkriegen gegenüber standen, keine Anwendung finden. In jedem Falle nämlich erforderte man, wenn von einem hostis die Rede sein sollte, einen Gegensatz zweier Nationalitäten. Kämpfe im Innern des Staates konnten nicht zur Anwendung von Sätzen führen, welche nur im Ver-

---

1) Observatt. Lib. XXVI. 2. Vgl. Cic. in Catil. III. 10, pro Ligario cap. 9.

2) Cic. de officiis I. 12. Hostis apud majores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant duodecim tabulae: aut status dies cum hoste. Itemque: adversus hostem aeterna auctoritas. — Varro, de lingua latina. V. 3. — Gellius, Noct. Att. XVI. 4. — Gajus in fr. 234. pr. Dig. de verb. signif. L. 16. — Der neuere Begriff bei Pomponius fr. 118. eod. Hostes hi sunt, qui nobis aut quibus nos bellum publice decrevimus: ceteri latrones aut praedones sunt. Cf. Ulpian. fr. 24. Dig. de captiv. et postlim. rev. **Sell**, die Recuperatio, S. 2. 3.

kehr der Völker unter einander angenommen waren. Daher ist auch die Entscheidung consequent, welche Ulpian am Ende macht, daß Gefangene, welche von der entgegenstehenden Partei in solchen Bürgerzwisten gemacht worden sind, nicht nöthig haben, vom Princeps Anerkennung ihrer Ingenuitas zu erbitten. Denn in der That war diese nie verloren gegangen, selbst nicht, wenn der Gefangene vielleicht durch Verkauf in andere Hände übergegangen war.

Nur eine Anwendung dieses Satzes auf einen speciellen Fall enthält noch ein Rescript von Diocletian und Maximinian in

c. 4. Cod. de ingenuis manumissis VII. 14.: Quum cognatum tuum ingenuum natum, ex Palmyreae factionis dominatione velut captivum distractum esse dicas, praeses provinciae pro ingenuitati suae reddi efficiet.

Cujacius[1]), indem er die Palmyrea factio auf die von Aurelianus gestürzte Herrschaft des Odenathus und der Zenobia bezieht, legt der Constitution folgenden Sinn unter. Ein freigeborener römischer Bürger war aus der Gefangenschaft, in welcher er sich bei der Parthei der Zenobia befand, losgekauft, von seinem Redemptor (siehe §. 10) aber wie ein Gefangener weiter verkauft worden. Die Verwandten des Redemptus hatten sich nun an die Kaiser gewendet, um ihm seine Ingenuität zu sichern, und darauf rescribirt erhalten, daß zwar die Retention des Redemptus rechtmäßig sei, die Distraction desselben als captivus aber seiner Ingenuität nicht präjudicire. Allein diese Erklärung wird, wenn man die Worte unserer Constitution unbefangen ansieht, schwerlich von dem Vorwurfe

1) Observatt. Lib. III. c. 19. Die Worte sind: ut sit legis haec sententia, Ingenuum, qui ex Odenati vel Zenobiae tyrannide redemptus fuerit, retineri quidem veluti jure pignoris, non tamen recte distrahi velut captivum, eamque distractionem ingenuitati nihil praejudicare.

der Willkührlichkeit loszusprechen sein. Denn weder ist in der Constitution eine Andeutung zu finden, daß der Verwandte, von dem hier die Rede ist, redimirt worden sei, noch wird man ihr mit Cujacius jene Doppelentscheidung unterlegen können, wonach zwar dem augenblicklichen Besitzer des ingenuus das Recht zugesprochen würde, denselben jure pignoris zu retiniren, im Uebrigen aber die Rechte der Ingenuität anerkannt würden. Die Constitution entscheidet vielmehr einfach, daß der Präses Provinciä den ingenuus wieder in seine Ingenuitätsrechte einsetzen werde, ohne einen weiteren Vorbehalt hinsichtlich eines etwaigen Redemptionsverhältnisses zu machen. Viel angemessener ist daher offenbar, hier an den Fall zu denken, wo Jemand, der bei einer civilis dissensio von der Gegenpartei gefangen und von dieser als Sclav verkauft worden war, seine Ingenuitätsrechte in Anspruch nahm. Ein solcher Verkauf war nach allgemeinen Grundsätzen als nichtig anzusehen, und nur mit Hinblick hierauf wird rescribirt, daß der Präses Provinciä auf die diesfalls eingereichte Beschwerde für die Wiedereinsetzung in die Rechte der Ingenuität Sorge tragen werde. In der That müssen auf dieses Sachverhältniß die Worte **Palmyreae factionis dominatione veluti captivum distractum** fast mit Nothwendigkeit bezogen werden. Wäre hier von einem aus wirklicher Kriegsgefangenschaft losgekauften und dann weiter distrahirten Freigebornen die Rede, so würde schwerlich der ungewöhnliche Ausdruck dominatio, noch weniger aber der Ausdruck factio gebraucht worden sein, welcher recht eigentlich auf feindliche Umtriebe im Innern des Staates hinweist[1]). Damit würde aber auch keineswegs in Widerspruch stehen, wenn man unter der hier erwähnten **Palmyrea factio** den oben erwähnten Aufstand des Odenathus und der Zenobia verstehen

---

1) Man vergl. fr. 6. §. 9. Dig. de injusto rupto test. XXVIII. 3.; fr. 16. Dig. de appell. et relat. XLIX. 1.; fr. 11. §. 2. Dig. de poenis XLVIII. 19.

wollte: denn beide wurden nicht als eigentliche Feinde, sondern als Aufrührer, die Unterwerfung Palmyra's nicht als Besiegung eines feindlichen Volkes, sondern als Unterdrückung eines Bürgerkrieges angesehen.

Fast auf die nämliche Art, wie bei den civiles dissensiones, wird auch bei den latrones, praedones, latrunculi von Ulpian das Recht des postliminium abgewiesen:

fr. 24. Dig. h. t. Ulpianus libro I. Institut. Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decrevit, vel ipsi populo Romano; ceteri latrunculi vel praedones appellantur. Et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est. Ab hostibus autem captus utputa a Germanis et Parthis, et servus est hostium, et postliminio statum pristinum recuperat.

War daher Jemand von Räubern gefangen worden, so stand kein Hinderniß im Wege, daß er während dieser Zeit auch die Rechte ausübte, die ihm als Freien zustanden. Marcian erkennt es daher ausdrücklich an, daß das Testament eines solchen Gefangenen vollkommen zu Recht beständig sei [1], während das Testament, welches ein wirklicher Kriegsgefangener während der Kriegsgefangenschaft errichtet hatte, der Rechtsbeständigkeit entbehrte und selbst dann, wenn der Kriegsgefangene vielleicht zurückgekehrt war, nicht zur Rechtskraft gelangte [2].

Widersprechend könnte für den ersten Augenblick dagegen eine Stelle des Pomponius erscheinen, welche als fragm. 6. h. t.

---

1) fr. 13. pr. Dig. qui testamenta fac. poss. XXVIII 1. Qui a latronibus capti sunt, quum liberi maneant, possunt facere testamentum.

2) Gajus in fr. 8. pr. Dig. ej. tit. Ejus, qui apud hostes est, testamentum quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Siehe unten §. 12.

in die Pandekten gekommen ist [1]). Eine Frau war wegen eines Verbrechens zum opus salinarum condemnirt worden. Das Salzwerk wurde von Räubern überfallen, ein Centurio, Coccejus Firmus, hatte die Frau wieder von den Räubern erhandelt. Der Jurist entscheidet hier, daß die Frau von selbst wieder in causam suam recidere, der Centurio aber aus der Staatskasse die Loskaufssumme erstattet erhalten müsse. Alles das deutet darauf hin, daß hier die gewöhnlichen jura postliminiorum Platz griffen: allein die Räuber hatten noch nicht dem römischen Volke angehört, sondern waren latrunculi *exterae gentis* gewesen, und durch diesen Zusatz ist die Anwendung des postliminium vollkommen erklärlich gemacht.

Abgesehen von diesen Fällen aber, in welchen die Ausschließung des jus postliminii schon von selbst durch die Rücksicht gerechtfertigt ist, daß hier gar kein Heraustreten extra limina sc. imperii Statt fand und demgemäß auch nicht die an das post limina redire gebundene Fiction Platz greifen konnte, machte es noch bei der Anwendung des postliminium bei den auswärtigen Nationen einen wichtigen Unterschied, ob der fremde Staat durch irgend eine Art völkerrechtlichen Vertrages mit dem römischen Volke verbunden war oder nicht. Im ersten Falle nämlich, wenn auch das völkerrechtliche Vertragsverhältniß auf noch so laxen Grundlagen beruhen mochte, war doch, so lange es in anerkannter Weise bestand, das jus postliminii zwischen den beiden Nationen nicht anwendbar. Nur wenn der Ausbruch eines förmlichen Krieges (bellum publice indictum) das Verhältniß wieder auflöste, traten solchen Völkern gegenüber die Grundsätze des jus postliminii wieder in Wirksamkeit. Anderen Völkern aber gegenüber, die

---

1) Mulier in opus salinarum ob maleficium data, et deinde a latrunculis *exterae gentis* capta et jure communi vendita et redemta, in causam suam recidit. Coccejo autem Firmo centurioni pretium ex fisco reddendum est.

überhaupt in gar keiner völkerrechtlichen Verbindung mit den Römern standen, war das postliminium ununterbrochen anwendbar, mochte nun ein wirklicher Kriegszustand Statt finden oder nicht. Darauf gründeten die Römischen Juristen die Eintheilung des Postliminium in ein *postliminium in bello* und *in pace*. Ist man aber hierbei auch vollkommen einverstanden über das postliminium in bello, so herrscht doch großer Streit über den Begriff des postliminium in pace und den Umfang, welcher diesem zu geben sei.

Diese Eintheilung ist offenbar gemeint, wenn Paulus in der oben (Seite 17.) gegebenen allgemeinen Definition des Postliminium die Worte: nam quod *bello* amisimus *aut etiam citra bellum* gebraucht. Sie findet sich ebenso bei Tryphoninus[1]), am ausführlichsten handelt davon Pomponius, der in fr 5. pr. §. 1. 2. Dig. h. t. den Unterschied beider Arten wie folgt angibt:

Pomponius[2]) libr. XXXVII. ad Qu. Mucium. Postliminii jus competit aut *in bello* aut *in pace*. *In bello*, cum hi, qui nobis hostes sunt, aliquem ex nostris ceperunt et intra praesidia sua perduxerunt; nam si eodem bello is reversus fuerit, postliminium habet, id est perinde omnia restituuntur ei jura, ac si captus ab hostibus non esset. Antequam in praesidia perducatur hostium, manet civis: tunc autem reversus intelligitur, si aut ad amicos nostros perveniat aut intra praesidia nostra esse coepit. *In pace* quoque postliminium est; nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo no-

1) fr. 12. pr. Dig. h. t. — quibus jus est postliminii tam in pace, quam in bello etc. —

2) Die Haloandrina hat hier, wie in dem vorhergehenden fr. 3. h. t. statt Pomponius den Namen Papinians.

ster ab eis captus servus fit eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat; hoc quoque igitur casu postliminium datum est.

Hiernach fand das postliminium in bello Statt, wenn hostes dem Römischen Volke gegenüberstehen, ein Wort, dem hier offenbar die von Ulpian in fr. 24. h. t.[1]) angegebene Bedeutung untergelegt werden muß, so daß es eben nur auf diejenigen Fälle zu beziehen ist, in denen ein zwischen Rom und einem auswärtigen Volke bestehendes Rechtsbündniß durch eine nach Fetialenrecht eingeleitete indictio belli aufgehoben worden war[2]). Eine Ruhe des jus postliminii trat dann erst wieder während eines Waffenstillstandes (induciae)[3]) oder bei einem neuen foedus ein.

Aus der Art und Weise, wie dann Pomponius weiter das postliminium in pace definirt, ergibt sich aber mit Nothwendigkeit, daß schon das laxeste Bündniß mit einem fremden Volke dazu genügte, um das Postliminium diesem Volke gegenüber auszuschließen. Schon die bloße amicitia, schon das hospitium entrückte die Völker dem Kreise jener Nationen, bei denen man auch in pace das Postliminium noch anwendbar betrachtete. Recht des Postliminium und Recht, das sich auf ein foederatum esse gründete, mochte nun das Verhältniß auf der Stufenleiter der unzähligen hier vorkommenden Nuancen noch so hoch oder noch so niedrig

---

1) Siehe S. 24.

2) Ich muß glauben, daß eine solche feierliche indictio belli überhaupt nur da vorkam, wo ein früheres Bündniß dadurch aufgehoben werden sollte, nicht wenn ein Krieg mit einem bisher den Römern völlig fremd gewesenen Volke begonnen wurde. Darauf deutet auch der Inhalt der alten, hierbei gebrauchten Formeln hin. Ossenbrüggen, de jure belli ac pacis, p. 21—30.

3) fr. 19. §. 1. h. t. Induciae sunt, cum in breve et in praesens tempus convenit, ne invicem se lacesserent; quo tempore non est postliminium.

stehen, bildeten zwei mit sich unverträgliche Gegensätze. Wo das eine vorkam, fiel das andere Recht von selbst fort [1]).

In der That müssen sich auch diese Sätze aus einer allgemeinen Betrachtung über das Wesen und den Inhalt der im Postliminium liegenden Rechtssätze sowohl, wie des Zweckes, welcher jedem foedus zu Grunde lag, von selbst ergeben. Es müssen hierbei im Allgemeinen dieselben Gründe Platz greifen, welche bereits von Sell [2]) für das Vorkommen der Recuperatio nicht bloß in dem beschränkteren Kreise der mit Rom durch Isopolitie verbundenen Völker, sondern bei allen Arten von Bündnissen mit so zahlreichen historischen Belegen gegeben worden sind. Es war das dringendste und unabweisbare Bedürfniß, das sich bei dem Abschluß eines jeden Bündnisses von selbst herausstellen mußte, daß man der Verwirrung, Rechtsunsicherheit und der Befehdung der den beiden Staaten Angehörenden ein Ziel setzte durch Gewährung einer beiden Völkern gemeinsamen Rechtshülfe [3]). Die erste Bedingung eines nur einigermaßen genügenden Rechtsschutzes mußte hierbei die Aufhebung des jus postliminii sein; eine fortdauernde Aufrechterhaltung der in dem Postliminium liegenden Rechtsgrundsätze würde selbst bei dem bloßen Friedens- und Freundschaftsvertrage eine Unmöglichkeit gewesen sein. Wenn der Römer, indem er die Grenze des verbündeten Volkes überschritt, nicht sicher war, ob es ihm erlaubt sein werde, frei wieder zu den Seinen zurückzukehren, wenn umgekehrt auch die Angehörigen des anderen Volkes in jedem Augenblicke ihrer Freiheit und des Eigenthums ihrer werthvollsten Sachen verlustig gehen konnten, bloß durch die ungewisse Hoffnung getröstet, sie wür-

---

1) Huschke, in der Recension von Sell's Recuperatio, S. 875.

2) Die Recuperatio der Römer, S. 59 ff. Man kann sagen, daß da, wo die Recuperatio aufhörte, das jus postliminii anfing.

3) Proculus fr. 7. §. 2. h. t. At fiant apud nos *rei* ex civitatibus *foederatis*, et in eos *damnatos* animadvertimus.

den dieselben wieder erhalten, wenn sie selbst oder die genommenen Sachen einmal wieder in die Gewalt des eigenen Volkes zurückkehrten: so sind das offenbar Sätze, welche so entschieden auf die Herrschaft der bloßen Gewalt basirt sind, daß eine Freundschaft und ein Vertragsverhältniß zwischen zwei Nationen, die dieselben unter sich gelten lassen wollten, gar nicht gedacht werden kann[1]). Eine Gestattung des Rechtes auf gegenseitige Captio (occupatio bellica), auf welcher doch das jus postliminii als nothwendiger Voraussetzung beruht, würde jedes Friedens- und Freundschaftsverhältniß thatsächlich widerlegt haben.

Dies Alles wird uns nun aber überdies ausdrücklich durch eine andere Stelle des Juristen Proculus bestätigt, in welcher man freilich öfters dem Fragmente des Pomponius gegenüber einen Widerspruch hat finden wollen, und über deren wahren Sinn daher viel Streit ist.

fr. 7. pr. 6. Dig. h. t. Proculus libro VIII. Epistolarum.

Non dubito, quin foederati et liberi nobis externi sint,

---

1) Vergleicht man hiermit die Bestimmungen solcher Bündnisse, welche anerkannt zu den laxeren Völkerverbindungen gehörten, so enthalten sie auch, soweit sie ihrem Inhalte nach bekannt sind, in der Regel Bestimmungen, welche ein fortbestehendes jus captionis und jus postliminii vollständig ausschließen. Vgl. z. B. über das erste Bündniß mit Carthago Polyb. III. 22. — „*ἐὰν Ῥωμαίων τις εἰς Σικελίαν παραγίγνεται, ἧς Καρχηδόνιοι ἐπάρχουσιν, ἶσα ἔστω τὰ Ῥωμαίων πάντα.*" — Ueber das zweite Polyb. III. 24. — „*ἂν ἔκ τινος χώρας, ἧς Καρχηδόνες ἐπάρχουσιν, ὕδωρ ἢ ἐφόδια λάβῃ ὁ Ῥωμαῖος, μετὰ τούτων τῶν ἐφοδίων μὴ ἀδικείτω μηδένα, πρὸς οὓς εἰρήνη καὶ φιλία ἐστὶ Καρχηδονίοις.*" — Polyb. III. 27. Liv. XXX. 37. — XXXIII. 30. — XXXVIII. 38. (Bündniß mit Antiochus) — „Si quae pecuniae debentur, earum exactio esto. Si quid ablatum est, id conquirendi, cognoscendi repetendique jus item esto. — Nach diesen, einer früheren Zeit angehörenden Zeugnissen muß auch die Meinung Huschke's in der angeführten Rec. S. 875 verworfen werden, welcher zwar für die spätere Zeit die Beschränkung des jus postliminii in der angegebenen Weise für die spätere Zeit zugiebt, dagegen für die frühere Zeit dasselbe auch bei föderirten Staaten gelten lassen will.

non inter nos atque eos postliminium esse: *etenim quid inter nos atque eos postliminio opus est, quum et illi apud nos et libertatem suam, et dominium rerum suarum aeque, atque apud se retineant, et eadem nobis apud eos contingant?*

Die Stelle ist in einer so abgerissenen Form von den Compilatoren in die Digesten versetzt worden, daß es zum rechten Verständniß derselben unerläßlich erscheint, zunächst die Umgebung etwas näher zu bestimmen, in welcher sie in der Schrift, der sie entnommen worden ist, sich ursprünglich befand. Diese Umgebung und die Verbindung, in welcher Proculus den vorliegenden Satz aufstellte, lassen vielleicht die Worte des §. 1. ahnen. Derselbe enthält eine ausführliche Definition des liber populus und bemerkt dabei noch speciell die Verschiedenheiten der völkerrechtlichen Verbindungen, welche die Römer hier annahmen, je nachdem das mit dem liber populus abgeschlossene Bündniß ein aequum foedus oder ein solches war, wobei bestimmt wurde, ut populus (foederatus) alterius populi majestatem comiter conservaret[1]). Für die letzteren insbesondere schließt der Jurist noch die Bemerkung an, daß durch eine solche Bestimmung keineswegs das verbündete Volk aus der Reihe der liberi populi ausscheide, so wenig als die Clienten unfrei seien, trotzdem daß sie an Ansehn und Rechten den Patronen nicht gleich stünden. Es kam also dem Juristen hier darauf an, den Begriff der liberi populi besonders denen ge-

1) fr. 7. §. 1. Dig. h. t. Liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potestati est subjectus, sive qui foederatus est, item sive aequo foedere in amicitiam venit, sive foedere comprehensum est, ut is populus alterius populi majestatem comiter conservaret; hoc enim adjicitur, ut intelligatur, alterum populum superiorem esse, non ut intelligatur, alterum non esse liberum; et quemadmodum clientes nostros intelligimas liberos esse, etiamsi neque auctoritate neque dignitate neque jure omni nobis pares sunt, sic eos, qui majestatem nostram comiter conservare debent, liberos esse intelligendum est.

genüber, welche ihre Selbstständigkeit durch eine Dedition verloren haben, abzugrenzen, gerade wie auch aus dem Principium die Absicht hervorleuchtet, den Begriff der externi populi mit seinen Unterarten näher zu erläutern. Beide Ausdrücke, die in der That nur einen Begriff in zwei verschiedenen Richtungen bezeichnen, waren also offenbar im Vorhergehenden zunächst allgemein gebraucht worden, und berücksichtigt man hierbei, daß das Principium seine Erläuterung gerade mit unmittelbarer Anwendung auf das jus postliminii gibt, so liegt der Gedanke nicht allzuferne, daß die Erwähnung der liberi, externi populi vielleicht in einer unmittelbar vorhergegangenen Definition des jus postliminii selbst geschehen war. Der Gedankengang der Stelle war dann etwa folgender: Proculus hatte eine Definition des jus postliminii vielleicht in derselben Weise aufgestellt, wie die von Paulus uns in fr. 19. pr. gegebene, in welcher zufällig sich auch beide Ausdrücke, extraneus und liber populus vorfinden. Diese Ausdrücke, obgleich sie die Regel ganz richtig angaben, konnten aber mißverstanden werden, weil auch diesen exterae gentes gegenüber die Anwendung des jus postliminii durch ein mit ihnen abgeschlossenes Freundschaftsbündniß ausgeschlossen werden konnte, ohne daß doch dadurch die verbündeten Völker aufhörten, auswärtige zu sein, gleichviel ob nach diesem Bündniß von ihnen die Oberhoheit des Römischen Volkes anerkannt wurde oder nicht. Es war ihm also eben darauf der Einwand gemacht worden, daß auch föderirte Völker noch zu den extranei und liberi populi gehörten und doch bei ihnen das postliminium nicht Platz greife. Der Jurist, indem er diesem Einwand begegnen will, gibt ihn nun mit den Worten non dubito als begründet zu; aber er fügt zugleich die Erklärung dieser Abweichung in den weitern Worten etenim — contingant bei. In der Allgemeinheit aber, in welcher dieser für alle foederati ohne Unterschied sagen, daß es hier nicht des Postliminium bedürfe, weil bei einem abgeschlossenen Bündniß jedem Angehörigen der beiden

contrahirenden Völkerschaften Schutz seiner Freiheit und seines Vermögens zugesichert ist, bestätigen sie offenbar zugleich die oben ausgesprochene Behauptung, daß auch das lockerste Band schon genügte, das Postliminium außer Anwendung zu setzen.

Mit dieser Erklärung sind jedoch die früheren Interpreten keineswegs einverstanden. Sie haben besonders daran Anstoß genommen, daß von Proculus die liberi und foederati populi als externi bezeichnet worden sind, und dennoch bei ihnen nach seinem Ausspruche das Postliminium ausgeschlossen sein solle, während ja Paulus in fr. 19. pr. h. t. (siehe S. 17) gerade bei den extranei, den liberi populi regesque das Postliminium eintreten läßt; dann aber auch daran, daß außerdem noch in einer dem Aelius Gallus entnommenen Stelle bei Festus gerade auch bei conföderirten Völkern das Postliminium als anwendbar bezeichnet wird, was doch vom Proculus gerade hier geleugnet wird. In diesem Wirrwarr widerstreitender Sätze hat die Vulgata und mit ihr Haloander dadurch zu helfen gesucht, daß sie hinter externi ein non einschieben: eine Emendation, welche auch von Beck in seiner Ausgabe des Corp. jur. civ. mit noch weiteren Aenderungen[1]) angenommen worden ist. Die meisten Erklärer aber sind zu einer Unterscheidung gekommen, welche man zwischen den föderirten Völkern zu machen habe, so daß nach dieser Meinung bei einigen Arten der foedera das Postliminium in Anwendung geblieben wäre, bei anderen dagegen durch den Abschluß des Bündnisses ausgeschlossen worden sei. Die Grenze zwischen beiden Arten der foedera ist selbst von den Einzelnen wieder verschieden bestimmt worden. Grotius[2]) unterscheidet so, daß er der ersten Art diejenigen Bündnisse zuweist, welche blos zur Endigung eines Krieges (belli publici componendi causa), ohne die Absicht, eine nähere Verbindung

1) Für non — esse wird dann neque — sit gelesen.

2) de jure belli ac pacis III. 9.

einzugehen, abgeschlossen worden seien, der anderen Art alle übrigen. Gegen diese Distinction, durch welche er namentlich auch die Worte des Pomponius in fr. 5. §. 2. mit den Worten des Aelius Gallus bei Festus in Einklang zu bringen vermeinte, ist jedoch wohl mit vollem Rechte bereits von Retes geltend gemacht worden, daß bei der ersten Art wohl kaum von conföderirten Nationen und überhaupt von einem foedus gesprochen werden konnte. Retes selbst[1]) billigt daher eine andere, bereits von Cujacius[2]) aufgestellte Ansicht, wonach man zwischen foedera paria und imparia zu unterscheiden hätte, und bei den letzteren nur, nicht auch bei den ersteren das Postliminium allgemein ausgeschlossen gewesen sei[3]).

Die Lesart der Vulgata wird scheinbar dadurch unterstützt, daß im Anfange unserer Stelle eine grammatische Unregelmäßigkeit vorkommt, welche dieselbe überhaupt kritisch verdächtig machen könnte. Der Infinitivsatz non — esse, welcher ebenfalls von non puto abhängig zu denken ist, will sich nicht wohl zu der Construction mit quin für den ersten Satz schicken, und auch Huschke, der im Uebrigen den oben bezeichneten Sinn der Stelle beilegt[4]), hat deshalb vorgeschlagen, quis = quamvis statt quin zu setzen, wodurch allerdings eine bei weitem größere Concinnität herbeigeführt werden und der Gedanke, welcher jedenfalls hier zu Grunde gelegt werden muß, schärfer hervortreten würde. Mag man aber quamvis

1) Die Worte des Verf. über diesen Punkt sind schwankend. An einer anderen Stelle scheint er sich mehr an Grotius anzuschließen, indem er das postliminium bei den verbündeten Völkern eintreten läßt, cum quibus nunquam bellum gessimus neque pacem in foedere inivimus, sed tantum socialiter cum his juncti fuimus (?). —

2) Observatt. Lib. XI. c. 23. Lib. XXVII. c. 33.

3) Vgl. Meermann Thes. Tom. VI. p. 284. Ueber die Eintheilung selbst noch Cic. pro Cornelio Balbo c. 11. Livius XXXIV. c. 56.

4) In der oben angef. Recension S. 874.

lesen oder quin beibehalten [1]), in keinem Falle wird man doch sich für die Lesart der Vulgata entscheiden können. Wir wollen hier ganz davon absehen, daß es eine völlig haltlose Behauptung wäre, föderirte Völker seien nicht als externi betrachtet worden: gesetzt aber auch, es wäre von Proculus eine solche Meinung gehegt worden, so würde es unerklärlich sein, wie dann noch darüber hätte ein Zweifel aufkommen können, daß das Postliminium solchen Föderirten gegenüber ausgeschlossen sei. Der ganzen Stelle würde dadurch ihre eigentliche Spitze abgebrochen sein und namentlich die Bemerkung, welche in den Worten etenim — contingant enthalten ist, als ein völlig müßiger Zusatz angesehen werden müssen, da für den inneren Bereich des Staates es sich doch wohl von selbst verstand, daß Jeder Schutz seiner Freiheit und seines Eigenthums in Anspruch zu nehmen berechtigt war, und das Postliminium mit seiner stets nothwendigen Voraussetzung des Rechtes zur occupatio bellica nicht zur Anwendung kommen konnte. Endlich würde auch bei dieser Emendation doch immer noch der Widerspruch mit den Worten des Aelius Gallus nicht beseitigt sein.

Diesen Widerspruch zu heben und eine Harmonie zwischen den verschiedenen Aussprüchen über den Umfang des postliminium in pace herbeizuführen, ist besonders das Ziel der Erklärungen des Cujacius, Grotius, de Retes; die meisten Interpreten des Festus haben sich ihnen angeschlossen [2]). Auf die Würdigung des Werthes dieser Stelle wird

---

1) Wenn die Aenderung quamvis hier nicht unmittelbar in Schutz genommen wird, so hat dies darin seinen Grund, weil ich die Stelle als interpolirt ansehe und wohl annehmen zu können glaube, daß den Compilatoren diese Unregelmäßigkeit zugetraut werden darf, welche allerdings bei Proculus selbst unverzeihlich wäre. Daß der Satz seine Gestalt unter den Händen der Compilatoren erhielt, beweist auch die Stellung des non in demselben.

2) Man sehe namentl. Lindemann, corpus grammatici latini veterum Tom. II. p. 574.

es jetzt besonders ankommen müssen, wenn die oben ausgesprochene Meinung, daß jedes völkerrechtliche Bündniß, auch der bloße Freundschafts- und Friedensvertrag zwischen zwei Völkern die Anwendung des jus postliminii ausgeschlossen habe, aufrecht erhalten werden soll.

Bevor wir auf die Stelle des Festus selbst eingehen, müssen wir noch einmal auf die bereits angeführten allgemeinen Gründe zurückkommen, welche uns das Bestehen des jus postliminii verbündeten Völkern gegenüber überhaupt im höchsten Grade unwahrscheinlich machen. Es kommt hiezu, daß die bis jetzt angeführten Stellen, so weit in ihnen der conföderirten Völker Erwähnung geschah, diesen ganz allgemein gegenüber das Postliminium als nicht anwendbar darstellen und daß sich in keiner derselben irgend eine Andeutung darauf findet, daß man hier nach den verschiedenen Arten der foedera, namentlich etwa nach der bei Cicero und Livius vorkommenden Unterscheidung zwischen gleichen und ungleichen Bündnissen bald das Recht habe gelten lassen, bald nicht. Pomponius in fr. 5. §. 2. cit. hat die allgemeinen Ausdrücke: si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa contractum habemus, Ausdrücke, welche doch gewiß auch Fälle des aequum foedus in sich schließen. Proculus in fr. 7. pr. spricht allgemein von foederati et liberi, bei denen das Postliminium nicht eintrete, und daß unter diesem Ausdrucke hier insbesondere nicht blos solche Verbündete zu verstehen sind, welche die majestas populi romani als eine über ihnen stehende anerkannt haben, geht insbesondere bei dieser Stelle noch recht deutlich daraus hervor, daß gleich im folgenden §. 3. bei der Erklärung dessen, was man unter einem liber populus et foederatus zu verstehen habe, diejenigen Völkerschaften, welche dem Bündniß zufolge sich dazu verstanden haben, ut populi romani majestatem comiter conservent, neben denen, qui aequo foedere in amicitiam veniunt, nur als eine Unterart erwähnt wer-

den [1]). Es würde daher die Stelle des Festus, auch wenn sie eine solche Unterscheidung wirklich enthielte, gewiß von vornherein mit Vorsicht aufgenommen werden müssen. In der That liegt nun aber gerade das Unbeweisende derselben darin, daß sie, wörtlich gelesen, noch weit mehr enthält. Der Wortlaut der Stelle, soweit er hier in Betracht kommt [2]), ist nach dem Farnesianischen Codex nämlich folgender:

Festus s. v. *postliminium.* — — cum populis liberis et cumfoederatis (? Edd. confoederatis) et cum regibus postliminium nobis est ita, uti cum hostibus. quae nationes in opinione nostra sunt, cum his [Die folgenden Worte sind procul sint, die man auf die verschiedenste Art bemüht gewesen ist, mit den vorhergehenden in Einklang zu bringen, indem man ihnen gewöhnlich den Sinn postliminium non est, procul est unterlegte. Cujacius, Observatt. XI. 23. supplirte geradezu die Worte postliminium non est als durch die Schuld des Abschreibers ausgefallen. Etwas Aehnliches muß jedenfalls angenommen werden. Daß man aber nicht an die Worte procul est denken darf — wie doch noch Huschke in Richter's Jahrbüch. 1837. S. 874. gethan, ist wohl jetzt unzweifelhaft, seitdem durch O. Müller nachgewiesen ist, daß zwischen den Worten cum his und procul sint sechs ganzer Blätter ausgefallen sind. Vgl. Müller's Vorrede I. 1.]

Ueberliest man die Worte, wie sie hier stehen, so muß zweierlei gleich ohne Weiteres auffallen: einmal die totale Gleichstellung der foederati mit den hostes, und zwar gemeinhin aller foederati, da von einer Unterscheidung zwischen foederati

---

1) Daß bei solchen Völkern, welche auch nur in amicitia populi Romani waren, das postliminium ausgeschlossen war, ist besonders auch aus den Stellen noch erkennbar, welche schon mit dem Wiedererlangen in civitatem sociam amicamve aut ad regem socium vel amicum für den Römer und die römischen Rechte das postliminium eintreten lassen. Vgl. Paulus in fr. 19. §. 3. Dig. de capt. et postlim. Liv. XLI. 24. Sell a. a. O. S. 61. Huschke a. a. O. S. 875.

2) Den Anfang der Stelle siehe S. 42.

pari und impari jure sich nicht eine Spur findet; dann aber die ganz ungewöhnliche Ausdrucksweise quae nationes in opinione nostra sunt. So viel ist wohl nach der ganzen Construction der Sätze gewiß, daß damit eine zweite Art von Nationen angegeben werden sollte, bei welchen nicht das nämliche Recht galt, wie bei der ersten Art: allein worin der Unterschied des Rechtes dabei bestand und welche Nationen sich einander entgegengestellt werden sollten, ist im Grunde gleich ungewiß. Unter allen Umständen wird es nöthig sein, einige Veränderungen vorzunehmen, wenn ein erträglicher Sinn in die Stelle hereingebracht werden soll.

Fast alle Ausleger haben dies auch erkannt, etwa mit Ausnahme von Retes, der selbst an dem Ausdrucke quae nationes in opinione nostra sunt keinen Anstoß genommen hat, indem er ihn für gleichbedeutend mit in amicitia nostra esse, nostras partes sequi et nobiscum parem fortunam spectare erklärt [1]). Diese Deutung entbehrt jedoch nicht blos aller weiteren Beweise, sondern hebt auch in keiner Weise die Schwierigkeit, da, selbst diesen Sinn als richtig angenommen, ein richtiger Gegensatz zu dem im ersten Satze erwähnten foederati, wie er doch verlangt wird, nicht erreicht wird. Scheinbar mehr Empfehlendes hat die von Cujacius vorgeschlagene und seitdem fast allgemein angenommene Emendation, dicione (ditione) statt opinione zu setzen: eine Meinung, welche sich auch des Beifalls von Huschke [2]) und D. Müller [3]) zu erfreuen gehabt hat. Der Gegensatz, welcher dadurch in die Stelle hereingebracht wird, würde hiernach darin bestehen, daß nach der Meinung des Aelius Gallus zwar bei föderirten Völkern das Postliminium ebenso gegolten habe, wie bei den eigentlichen hostes, bei solchen Völkern aber, die in Unterwürfigkeitsverhältniß zu den Römern gestanden hätten, dasselbe

---

1) Meermann Thes. a. a. O. p. 284.
2) Richter's Jahrb. a. a. O. S. 874.
3) ad h. l.

ausgeschlossen gewesen sei. So wenig nun die letztere Behauptung zu bestreiten ist, so wenig kann es jedoch befriedigen, daß sie dem Aelius an dieser Stelle und in dieser Verbindung untergeschoben werde. Das eigentlich Anstößige, das schon in der ersten Behauptung liegt, wird dadurch in keiner Weise weggebracht.

Die Aenderung opinione in dicione ist wohl hauptsächlich deshalb mit so großer Beharrlichkeit festgehalten worden, weil man dadurch dem ersten Theile des Satzes gegenüber den zweiten gleich mit einem anscheinend volltönenden Gegensatze angefügt fand und aller weiteren Aenderungen überhoben zu sein glaubte, und dadurch ist es vielleicht gekommen, daß man den ersten Theil überhaupt nicht so beachtete. Nimmt man aber diesen ersten Theil zuerst selbstständig für sich, so muß man behaupten, daß hier schon in der Stellung der Worte etwas vorkommt, was die Aechtheit der Form, in welcher er gewöhnlich gelesen wird, verdächtig macht. Die Worte cum populis liberis et cum foederatis et cum regibus können nämlich in einer doppelten Weise aufgefaßt werden. Entweder nimmt man drei Glieder an, von denen das eine die populi liberi, das zweite die foederati, das dritte die reges sind, oder nur eins, die populi liberi, so daß mit dem folgenden et, et nur die zwei Unterarten der populi liberi, nämlich die foederati und die reges angegeben werden. Wie nun aber in die erstere Dreitheiligkeit irgend welche Concinnität gebracht werden könne, ist ebenso wenig einzusehen, als in wie fern diese angenommen werden kann, wenn man zu der zweiten Art der Deutung seine Zuflucht nimmt. Daß populi liberi regesque als Bezeichnungen der auswärtigen Völker mit theils republikanischer, theils mehr monarchischer Verfassung gebraucht werden, findet sich zwar häufig genug; allein daß daneben noch die foederati als eine besondere, dritte Art der auswärtigen Nationen genannt werden, dafür mangelt es nicht blos an einer Analogie in anderen Stellen, sondern es muß gewiß eine solche Zusammenstellung auch schon aus allgemein logischen Gründen we-

gen des einmal angenommenen Eintheilungsgrundes für völlig unmöglich erklärt werden. Derselbe logische Mangel tritt aber in noch viel grellerer Weise hervor, wenn man sich etwa für die zweite Erklärung entscheiden wollte; denn zwischen reges und foederati als Unterarten der populi liberi fehlt es an jeder nur irgend haltbaren Verbindung, besonders wenn man bedenkt, daß gerade populi liberi und reges sonst als die beiden Arten der auswärtigen Nationen dem römischen Volke gegenüber aufgestellt werden.

Nimmt man hierzu nun noch den innern Widerspruch mit den vollkommen klaren Aussprüchen des Proculus und Pomponius, der jedenfalls bleibt, wenn man die Worte dieses ersten Satztheiles unverändert läßt und der eher noch wächst, wenn man auch im zweiten Theile statt des handschriftlichen opinione das Wort dicione setzt, so scheint es uns nicht mehr zweifelhaft, daß schon in diesem ersten Theile eine Aenderung vorgenommen werden muß. Wo diese anzubringen sei, das deutet eine kleine Unregelmäßigkeit in der Handschrift des Festus selbst an, indem sie die Worte cum foederatis in ein Wort zusammengezogen gibt. Es muß hier statt et confoederatis, wie die meisten Editoren emendirt haben, gelesen werden *et non foederatis*, und indem man dann diese Worte mit den vorausgehenden cum liberis populis unmittelbar verbindet, wird nicht nur die fehlende Concinnität hergestellt, sondern nun auch Alles in die beste Harmonie mit den übrigen, oben angeführten Stellen gebracht.

Aber auch statt dicione muß dann etwas Anderes gesetzt werden, indem dann diesem zweiten Theile der gegensätzliche Sinn unterzulegen ist, daß bei den föderirten Völkern gerade das postliminium nicht Statt habe. Daß das Wort dicione, welches allerdings einige Aehnlichkeit mit opinione haben mag, hier mit gestanden habe, soll nicht geleugnet werden; allein es kann nicht das einzige gewesen sein, weil den *non foederati* gegenüber nun alle föderirten und unterworfenen Völker zu

nennen waren, um so mehr, da sogar eigentlich gesagt werden muß, daß die in ditione befindlichen Völker nicht mehr als liberi populi und exterae gentes anerkannt wurden [1]). Ich nehme deshalb an, daß nach den Worten quae nationes in vielleicht eine ganze Zeile ausgefallen ist, wie dann im Ganzen der entgegengesetzte Inhalt von da zu geben wäre, welche den Worten des Pomponius: sicum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa contractum habemus zu Grunde liegt. Sollte diese Annahme auch für das Erste etwas zu kühn erscheinen, so scheint sie doch einmal durch die vielen Fehler der Handschrift, die sich gerade auch in dem unmittelbar Vorhergehenden außerordentlich häufig finden, (vgl. den folgenden §.), als auch dadurch entschuldigt, daß mit unserem Satze das Blatt, wie schon oben bemerkt, zu Ende geht. Die Stelle würde danach vielleicht folgendermaßen gelautet haben:

cum populis liberis et *non* foederatis et cum regibus postliminium nobis est ita uti cum hostibus. quae nationes in [*ditione, arbitratu, amicitia h*]*ospiciove* nostro sunt, cum his *postliminium non est.*

Die beiden Worte dicione und [h]ospiciove bildeten nach dieser Annahme den Anfang der beiden vorletzten Zeilen. Wie kurz vorher die drei Worte postliminium receptum is [2]) ganz offenbar falsch eingeschoben sind, so wird es der Unachtsamkeit des Abschreibers nicht zuviel zugemuthet sein, wenn wir annehmen, daß er hier die erste Zeile übersprang, wozu ihn die Aehnlichkeit der Schriftzüge der ersten beiden Worte ohnehin leicht verführen konnte, und statt des ihm unverständlichen ospiciore ein opinione einsetzte.

Als Endresultat dieser Untersuchung würde aber hiernach das festzuhalten sein, daß das postliminium in pace, wie

---

1) Sell, die Recuperatio, S. 59. Not. 2.

2) Bei Müller, Zeile 28. Vgl. Seite 56. N. 1.

Pomponius in fr. 5. §. 1. D. h. t. bestimmt ausspricht und die Stellen von Proculus und Festus nur bestätigen, lediglich den Völkern gegenüber Statt fand, welche durch gar kein völkerrechtliches Band mit dem Römischen Staate verknüpft waren; daß dagegen allgemein auch schon die bloße amicitia, für die Dauer derselben und wenn nicht ein eigentliches bellum publice indictum sie aufhob, die Anwendung des jus postliminii ausschloß.

§. 4.

III. Objectiver Umfang des jus postliminii.

Das jus postliminii hatte den Zweck, Personen und Sachen, welche in die Hände der Feinde gelangt und durch diese Occupation in das Eigenthum der Feinde übergegangen waren, mit ihrer Rückkehr intra praesidia wieder durch eine Fiction in ihre früheren Rechtsverhältnisse einzusetzen, gleich als wenn sie nie aus denselben herausgegangen wären. Hätte dieser Zweck ganz vollständig erreicht werden sollen, so hätte die im Postliminium liegende Fiction auch freilich auf alle Gegenstände sich erstrecken müssen, bei denen die occupatio hostilis gestattet war, und da in dieser Beziehung das Kriegsrecht gar keine Beschränkung statuirte[1]), so hätte man glauben sollen, daß auch das jus postliminii in ebenso unbeschränkter Weise bei allen Sachen gestattet worden wäre. Allein es wird doch nur ein ganz bestimmter Kreis von Gegenständen genannt, bei welchen das jus postliminii als anwendbar galt.

Wir besitzen drei Stellen, in denen uns diese Gegenstände angegeben werden: die eine bei Cicero, die andere hiermit fast ganz übereinstimmende bei Festus nach Aelius Gallus, die dritte Angabe ist in fr. 2. und 3. Dig. h. t. zum

1) Gaj. II. 69. fr. 5. §. 7. pr. Dig. de acquir. rer. domin. XLI. 1. §. 17. Inst. de rerum div. II. 1. Ossenbrüggen, de jure belli ac pacis Rom. p. 56. Walter, Röm. Rechtsgesch. Bd. I. §. 73.

Theil aus Marcellus Digesten, zum Theil aus Pomponius, libr. XXXVII. ad Quintum Mucium entnommen. Cicero, der auf diese Gegenstände bei der Etymologie des Wortes postliminium in den Topiken cap. 8. kommt, zählt, anscheinend mit der Absicht, einen vollständigen Katalog zu geben, folgende auf: postliminio redeunt haec; homo, navis, mulus clitellarius, equus, equa, quae frena[1]) recipere solet. Ausführlicher ist die Stelle bei Festus, die folgendermaßen lautet:

Festus s. v. *postliminium receptum*, Gallus Aelius in libro primo significationum, quae ad jus pertinent, ait esse eum, qui liber, ex qua civitate in aliam civitatem abierat, in eandem civitatem redit eo jure, quod constitutum est de postliminio: item qui[2]) servus a nobis in hostium potestatem pervenit, postea ad nos redit in ejus potestatem, cujus antea fuit jure postliminii; equi et muli et navis eadem ratio est[3]), quae servi. quae genera rerum ab hostibus ad nos postliminium redeunt, eadem genera a nobis ad hostes redire possunt.

Minder vollständig ist, was aus Marcellus in fr. 2. Dig. h. t. aufgenommen ist:

Navibus longis atque onerariis propter belli usum postliminium est, non piscatoriis aut si quas actuarias voluptatis causa paraverunt. Equus item aut equa freni patiens recipitur postliminio: nam sine culpa equitis proripere se potuerunt. Non idem in armis juris est,

1) Einige lesen für frena: frenos. So steht nämlich bei Boëthius ad h. l., der im Uebrigen dieselben Kategorien aufzählt.

2) Cod. itemque.

3) Hinter diesen Worten stehen im Cod. die Worte postliminium receptum is, wahrscheinlich der Anfang eines Glossems, das hier eingeschoben werden sollte und unvollendet blieb. Was Heimbach, C. Ael. Galli JCti de verborum quae ad jus civ. pertinent fragm. p. 20. vorschlägt, die Worte postliminium receptum iis nach servi einzuschalten, ist dem besseren Verständniß der Stelle nicht sehr günstig.

quippe nec sine flagitio amittuntur; arma enim postliminio reverti negatur, quod turpiter amittantur.

Von Pomponius sind in fr. 3. hierzu nur noch die Worte: item vestis hinzugefügt. Hiernach ergeben sich aber als res postliminii folgende Kategorieen:

1) alle *homines*, ein Ausdruck, welcher in demselben umfassenden Sinne zu nehmen ist, wie ihn Gajus in fr. 3. de statu hominum I. 5. gebraucht, so daß überhaupt alle menschlichen Wesen ohne Unterschied darunter zu begreifen sind. Es kam ebenso wenig auf den Stand, als auf das Geschlecht, noch darauf an, ob Jemand frei war oder Sclave[1]). Doch gab es freilich in Bezug auf die Art und Weise, wie das jus postliminii hierbei zur Anwendung kam, hinsichtlich der Freien und der Sclaven noch einige Unterscheidungen, von denen weiter unten noch zu sprechen sein wird.

2) Schiffe werden bei Cicero und bei Aelius Gallus ohne alle weitere Einschränkung genannt; nach Marcellus wäre dagegen hierbei nicht an alle Arten von Schiffen zu denken, sondern nur an naves longae (eigentliche Kriegsschiffe) und an naves onerariae (Transportschiffe), während bei naves piscatoriae und actuariae, voluptatis causa paratae, das Postliminium nicht Platz gegriffen hätte. Es gibt zwei Wege, wie man diese abweichenden Angaben vereinigen kann: entweder nimmt man an, Cicero und Aelius Gallus hätten nur nicht so genau gesprochen wie Marcellus, oder Marcellus Angabe enthalte nur das spätere Recht, das beschränkter war, als das zur Zeit Cicero's und des Aelius Gallus geltende. Die erste Auslegung scheint die richtigere[2]),

---

1) Paulus in fr. 19. §. 10. Dig. h. t. Postliminium omnibus est, cujuscunque sexus conditionisve sint, nec interest, liberi an servi sint; nec enim soli postliminio recipiuntur, qui pugnare possunt, sed omnes homines, qui ejus naturae sunt, ut usui esse vel consilio vel aliis modis possint.

2) Cujac. Observatt. XI. 23.

theils wegen der Kürze, mit der jene überhaupt der naves gedenken, theils weil diese Kategorieen sich offenbar auf altes Recht stützten, das um so weniger leicht einer Veränderung unterlag, weil es aus dem gemeinsamen Rechte aller Völker abgeleitet wurde. Wunderbar scheint freilich hier der Grund, den Marcellus angibt, die anderen Gattungen der Schiffe seien ausgenommen worden, weil nur die langen und die Lastschiffe zum usus belli zu verwenden seien. Man hätte danach denken sollen, daß auch die Waffen und die Bekleidungsstücke zu den res postliminii hätten gezogen werden müssen: aber die Kriegerehre achtete den Verlust der Waffen an die Feinde, die bei den eigentlichen milites mit dem Tode bedroht war[1]), für zu schmachvoll, als daß man bei ihnen das jus postliminii anzuwenden gestattet hätte.

3) Saumthiere (muli);

4) Pferde (equus, equa). Beide werden jedoch mit Zusätzen aufgeführt, welche offenbar in demselben Sinne zu nehmen sind, wie die nähere Bestimmung des Marcellus in Betreff der Schiffe. Auch hier sind es nur die wirklich kriegstüchtigen Pferde, quae frena recipere solent[2]), frenis patientes, und die eingelernten Maulthiere, muli clitellarii, die des Postliminium fähig sind. Nicht zu harmoniren scheint hiermit freilich der weitere Zusatz bei Marcellus: nam sine culpa equitis proripere se potuerunt, der deshalb auch von Retes[3]) für eine erst von späterer Hand gemachte Zufügung angesehen wird. Marcellus will aber damit gewissermaßen entschuldigend die Einwendung zurückweisen, die man etwa gegen die Aufnahme dieser Thiere unter die res postliminii

---

1) Modestinus fr. 3. §. 13. Dig. de re militari XLIX. 16.

2) Boëthius erklärt das quae frena recipere solet mit den Worten: id est domita. Aehnlich ist das quae collo dorsove domantur als Erforderniß für die quadrupedes, welche zu den res mancipi gezählt werden. Gaj. II. 15. 16. Ulpian. XIX. §. 1.

3) Meerm. Thesaur. Tom. VI. p. 279.

daher nehmen könnte, daß ja der Verlust derselben, ebenso wie der der Waffen, von denen er gleich weiter spricht, gewöhnlich eine schmachvolle Feigheit in sich schließe. Weil sie auch ohne Schuld des Reiters und wider den Willen desselben sich in die feindlichen Reihen stürzen konnten, gerade wie es auch bei Schiffen möglich war, daß sie wider den Willen der Besatzung durch widrige Winde den Feinden in die Hände getrieben wurden, hielt man bei ihnen ein milderes Verfahren für gerechtfertigt und nahm bei ihnen doch ein postliminium an.

Mit den angegebenen Arten von Gegenständen ist bei Cicero, Festus und Marcellus die Reihe der res postliminii geschlossen. Es müssen jedoch noch außerdem denselben

5) alle Grundstücke mit den daran haftenden Rechten zugerechnet werden, wie sich unzweifelhaft aus Pomponius Worten in fr. 20. §. 1. Dig. h. t. ergibt:

> Pomponius libr. XXXVI. ad Sabinum. Expulsis hostibus ex agris, quos ceperint, constitit dominia eorum ad priores dominos redire, nec aut publicari aut praedae loco cedere: publicatur enim ille ager, qui ex hostibus captus est.

Hiernach nahm man bei dem wiedereroberten Grund und Boden ganz dieselben Grundsätze an, wie sie sonst nur bei res postliminii Platz greifen konnten. Daß man aber hier trotzdem nicht von einem eigentlichen postliminium sprach, welchen Ausdruck, gewiß nicht ohne Absicht, auch Pomponius in dieser Stelle vermeidet, erklärt sich einfach daraus, daß von einer Rückkehr post limina, in fines, intra praesidia im eigentlichen Sinne doch nur bei beweglichen, nicht auch bei unbeweglichen Sachen gesprochen werden konnte [1]). Aber man unterstellte sie doch dem jus postliminii, weil sich nach ihnen die ganze Basis des Postliminium, der Begriff der limina richtet.

---

1) Bildlich gebraucht kommt der Ausdruck postliminium bei Grundstücken vor in fr. 5. §. 1. fr. 6. pr. Dig. de divisione rerum et qualitate: In mari piscantibus liberum est casam in litore po-

Es bleibt hier noch übrig zu erörtern, aus welchen Gründen gerade nur die angeführten Arten von Gegenständen und weiter keine anderen dem jus postliminii unterstellt worden sind? Bei einer Beantwortung dieser Frage hat man gewiß zunächst den Gedanken völlig aufzugeben, daß die res postliminii in irgend einer näheren oder entfernteren Verwandtschaft zu den res mancipi gestanden haben. So nahe liegend dies auch für den ersten Augenblick scheinen möchte, da in der That die meisten res postliminii zugleich res mancipi sind, so bieten doch beide, etwas näher gegen einander gehalten, zu viele Verschiedenheiten, als daß man an eine weitere Verfolgung dieses Gedankens denken könnte. Wir müssen, besonders nach der Art, wie Ulpian von den res mancipi handelt[1]), jedenfalls annehmen, daß die Zahl der zu denselben gehörenden Arten von Sachen eine festbegränzte und bestimmte war. Zu den res postliminii zählen aber Cicero, Festus und Marcellus übereinstimmend die Schiffe, welche sich unter den res mancipi, wie sie Ulpian mittheilt, nicht mit aufgezählt finden. Bei Ulpian und Gajus gelten bezüglich der Grundstücke nur die fundi in Italico solo für res mancipi; Pomponius dagegen kennt diese Beschränkung nicht, sondern spricht allgemein von Grundstücken, agri, überhaupt. Auch die Zahl der Thiere ist bei den res mancipi anders bestimmt, als bei den res postliminii. Entscheidend aber ist, daß die Eintheilung der res mancipi und res nec mancipi dem besonderen Römischen Rechte angehört, während dagegen das ganze jus postliminii und demgemäß auch die Bestimmung der res postliminii auf das jus gentium zurückgeführt wird.

---

nere, qua se recipiant; in tantum ut et soli domini constituantur, qui ibi aedificant, sed quamdiu aedificium manet; alioquin aedificio dilapso, quasi *jure postliminii* revertitur locus in pristinam causam, et, si alius in eodem loco aedificaverit, ejus fiet. —

1) fragm. XIX. §. 1. („ceterae res nec mancipi sunt").

In keiner Stelle der Quellen läßt sich deshalb auch nur eine Andeutung einer Verwandtschaft zwischen beiden Begriffen, res postliminii und res mancipi, auffinden [1]).

Nicht ohne Absicht ist es aber gewiß, daß von Cicero sowohl als von Festus der *homo* an die Spitze der res postliminii gesetzt worden ist. Wie gerade bei der Anführung der res mancipi nicht ohne Bedeutung die praedia in Italico solo an der Spitze des Kataloges stehen, um welche sich die nachfolgenden Gegenstände im Allgemeinen nur als Pertinenzien gruppiren, so wird man auch umgekehrt annehmen können, daß bei den res postliminii der homo die Hauptsache bildete und alle anderen res postliminii nur wegen der Beziehung zu dieser Hauptsache ihre besondere Auszeichnung als solche erhielten. Die hauptsächlichste Bedeutung des jus postliminii zeigte sich nämlich immer da, wo es sich um die Rückkehr eines Menschen, besonders eines freien Bürgers handelte. Ihm zunächst sollte durch das jus postliminii die Hoffnung gegeben werden, daß er, wenn er wieder in den Staat zurückkehre, auch alle diejenigen Rechte wieder erlangen werde, welche früherhin ihm zugestanden hatten. Zu dem Manne, besonders wenn man ihn im Kampfe mit dem Feinde dachte, gehörte aber offenbar auch das Heergeräthe, das Pferd, das Saumthier, das Schiff, die Kleider und Waffen, mit denen er gegen den Feind auszog. Das Heergeräthe mußte dem Rechte folgen, welches das jus belli ac pacis über den Mann aufstellte; es war daher ein natürlicher Gedanke, auch das jus postliminii auf diese zum Heergeräthe gehörigen Sachen auszudehnen. Aber das jus postliminii sollte auch kein Privilegium für die Feigheit und Verletzung der Kriegerehre werden. So wenig es dem Manne gestattet war, sich auf das jus postliminii zu berufen, wenn er durch feiges Benehmen

---

2) Siehe auch Hugo, Rechtsgeschichte (Zehnte Ausg.) S. 178 f. — Schweppe, Röm. Rechtsgeschichte, §. 645. —

seine Freiheit an die Feinde verloren hatte, so wenig konnte man das jus postliminii bei den zum Heergeräthe gehörigen Sachen eintreten lassen, die nur durch Feigheit verloren gehen konnten. Deßhalb geschah es insbesondere, daß man besonders Waffen und Kleidungsstücke des jus postliminii enthob, quia turpiter amittuntur, wie Marcellus [1]) bezeichnend hinzufügt: während man doch bei Kriegspferden ein Anderes annahm, aber nur, wie ebenso bezeichnend hinzugefügt wird, quia sine culpa equitis proripere se potuerunt [2]). Der Ausdruck homo wurde aber, da dem feindlichen Volke gegenüber alle civilen Unterscheidungen verschwanden, allgemein genommen und für alle menschlichen Wesen, Sclaven, wie Freie genommen [3]). Daß daneben auch auf Grundstücke das jus postliminii angewendet wurde, beruhte auf besondern bereits angedeuteten Gründen.

Ist aber hiermit im Allgemeinen der Kreis der res postliminii festgestellt, so galten sowohl hinsichtlich des venire ad hostes, als hinsichtlich des redire intra limina noch besondere Bestimmungen, welche im Einzelnen noch die Anwendung des jus postliminii selbst innerhalb des Kreises dieser res postliminii ausschließen. Diese Erfordernisse darzustellen wird daher unsere nächste Aufgabe sein.

§. 5.

IV. Erfordernisse hinsichtlich des venire ad hostes.

Die Anwendung des jus postliminii bei irgend einer Person oder einem Gegenstande hatten zur Voraussetzung, daß

---

1) fr. 2. §. 2. Dig. h. t.

2) fr. 2. §. 1. eod.

3) Nur von homines war auch in den alten, bei Kriegserklärungen gebrauchten Formeln die Rede. Livius I. 32. Gellius N. A. XIII. 4. Ossenbrüggen, de jure belli ac pacis, p. 27—30.

die Person oder Sache auch wirklich einmal in die Gewalt der Feinde gefallen und dadurch der bisherige Rechtszustand derselben aufgehoben worden war. War dies überhaupt nie erfolgt, so bedurfte es natürlich auch nicht der im jus postliminii liegenden Fiction, die sich auf einen den gewöhnlichen Grundsätzen nach eingetretenen Verlust des Rechtes basirte. Was dazu erforderlich war, um diese Gewalt und den damit verbundenen Verlust eintreten zu lassen, bestimmte sich lediglich nach den allgemeinen Regeln über den Erwerb durch Occupation; der Verlust galt als eingetreten, sobald der Feind die volle[1]) Herrschaft über die Person oder Sache erlangt hatte.

Insofern jedoch die feindliche Gewalt sich auch auf vernünftige Wesen, homines, erstrecken konnte, mußte die Rücksicht nicht ohne Einfluß bleiben, daß bei diesen die Unterwerfung unter die Herrschaft des feindlichen Volkes nicht ohne Einwilligung des Menschen selbst erfolgen konnte. Wie, wenn der Römer sich absichtlich in die feindlichen Reihen begeben hatte? Wie, wenn er seiner Bürgerpflicht vergessend, die ihm den Tod schmachvoller Gefangenschaft vorzuziehen gebot, schuldvoller Weise seine Gefangenschaft veranlaßte? In beiden Fällen wurde das jus postliminii nicht als anwendbar betrachtet. Nicht die captivitas an sich war es, gegen welche das jus postliminii Hülfe gewähren sollte, sondern nur die *necessitas* captivitatis, welcher unverschuldet Jemand unterlegen hatte[2]).

1) fr. 5. §. 1. D. h. t. Antequam *in praesidia* perducatur hostium, manet civis. In welchem Sinne praesidia hierbei zu nehmen sei, siehe in fr. 19. §. 3. h. t.

2) Dieser Satz ist am besten ausgesprochen in einem Rescript von Valentinianus und Valens, l. 19. Cod. h. t.: Si quos forte *necessitas captivitatis* abduxit, sciant, si non transierint, sed hostilis irruptionis *necessitate* transducti sint, ad proprias terras festinare se debere, recepturos jure postliminii ea, quae in agris vel mancipiis seu aliis rebus antea tenuerunt, etsi a fisco nostro possideantur. Nec timeat quisquam alicujus contradictionis moram, quum hoc solum requirendum sit, utrum forsitan aliquis cum barbaris *voluntate* fuerit, an *coactus*. —

Aus diesem Grunde waren von der Wohlthat des postliminium namentlich alle transfugae [1]) ausgeschlossen. Wer freiwillig zu den Feinden übertrat, konnte keinen Anspruch mehr darauf machen, im heimathlichen Staate geschützt zu werden; er wurde hostium loco angesehen und unterlag daher der rechtlichen Behandlung, welche von dem siegenden Volke über das besiegte beliebt wurde, in der Regel aber noch besonderen harten Strafen [2]). Dem Worte transfuga gab man aber dabei eine so weite Auslegung, daß nicht blos die eigentlichen Ueberläufer, sondern alle darunter begriffen wurden, welche sich vom Feinde überwältigen ließen, da sie doch die Füglichkeit gehabt hätten, sich der Gewalt desselben zu entziehen. Daher wurde auch der für einen transfuga angesehen, welcher sich in praesidio von den Feinden gefangen nehmen ließ; ebenso der, welcher die ihm gebotene Gelegenheit, aus der feindlichen Gefangenschaft zu entfliehen, unbenutzt vorübergehen ließ [3]).

---

1) Paulus fr. 19. §. 14. D. h. t. Transfugae nullum postliminium est; nam qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est.

2) Celsus fr. 51. pr. Dig. de acquir. rer. dom. 41. 1. Transfugam jure belli recipimus. — Vergl. auch Callistratus fr. 14. Dig. ex quibus causis majores IV. 6. Nam transfugis — negatum est postliminium. — Ueber die Strafen der transfugae und proditores fr. 38. §. 1. Dig. de poenis 48. 19., fr. 3. 5. 7. Dig. de re militari. 49. 16. — Marcianus fr. 3. §. 6. Dig. ad leg. Corn. de sic. 48. 8. Transfugas licet, ubicunque inventi fuerint, quasi hostes interficere. — Liv. XXIII. 17. XXIV. 20. 45. XXV. 16. 25. XXX. 43. Epitom. LI. Gewöhnlich wurde in den Friedensschlüssen die Auslieferung der transfugae bedungen. Dionys. Halic. VI. 21. Liv. XXXVIII. 9. XXXI. 10. 19. Ossenbruggen, de jure belli et pacis Rom. p. 55. 56.

3) Arrius Menander fr. 5. §. 5. Dig. de re militari. Qui captus, quum poterat redire, non rediit, pro transfuga habetur. Item eum, qui in praesidio captus est, in eadem conditione esse certum est. Si tamen *ex improviso*, dum iter facit aut epistolam fert, capiatur quis, veniam meretur. Vergl. l. 3. §. 12. Dig. eod. —

Immerhin fand jedoch diese Ausschließung vom jus postliminii nur bei denjenigen transfugae Statt, welche Freie gewesen waren; der Sclav, wenn er seinem Herrn entlief und sich in die Reihen der Feinde begab, wurde diese Ausnahme nicht unterstellt, vielmehr kehrte derselbe nach jus postliminii, sobald er wieder in die Gewalt des Volkes, von dem aus er entfloh, zurückkam, in das Eigenthum seines früheren Herrn zurück. Paulus begründet diese Ausnahme von der Ausnahme mit folgenden Worten:

fr. 5. §. 4. 5. Dig. h. t. Transfugae nullum postliminium est —. Sed hoc in libero transfuga juris est, sive femina, sive masculus sit. Si vero servus transfugerit ad hostes, quoniam et, cum casu captus est, dominus in eo postliminium habet, rectissime dicitur, etiam ei postliminium esse, scilicet ut dominus in eo pristinum jus recipiat, ne contrarium jus non tam ipsi injuriosum sit, qui servus semper permanet, quam domino damnosum constituatur [1]).

Hätte man bei dem servus transfuga das nämliche Recht, wie bei dem liber transfuga anwenden wollen, so würde dadurch nicht sowohl der Person des Sclaven, als dem Rechte des Herrn ein Schaden geschehen sein. Der Hinblick auf die sachliche Qualität des Sclaven überwog bei der Beurtheilung dieses Falles die Rücksicht auf das Strafbare der von dem Sclaven verübten Handlung. Umgekehrt dagegen entschied man bei dem Filiusfamilias, bei welchem doch hinsichtlich der Rechte des paterfamilias die nämliche Rücksicht in Betracht kommen müßte. Allein das öffentliche Interesse war hier stärker, als das Interesse der einzelnen Hausväter; der filiusfamilias transfuga unterlag, wie alle anderen freien transfugae dem Rechtssatze, welcher die Ueberläufer vom postliminium

1) Basilic. XXXIV. 1. 15.

ausschloß[1]). Zweifelhaft konnte aber die Entscheidung dann scheinen, wenn ein statu liber zu den Feinden übergetreten und später wieder zurückgekehrt war. Diesen Fall behandelt Paulus in

> fr. 19. §. 6. Dig. h. t.[2]). Si statuliber transfuga reversus sit, exsistente conditione, postquam rediit, liber efficitur. Diversum est, si conditio exstitisset, dum apud hostes est; in eo enim casu neque sibi reverti potest, ut liber sit, neque heredi in eo jus postliminii est, quia non potest queri, quum nullum damnum patiatur, libertate jam obtingente, si non impediret, quod transfuga factus est.

Der Jurist setzt hier zwei Fälle. Die Bedingung, unter welcher der Sclav testamentarisch manumittirt war, trat entweder ein, während er als transfuga noch bei den Feinden verweilte, oder nach seiner Rückkehr. Im letzteren Falle entscheidet Paulus, daß der statu liber dann frei werde. Dies konnte er aber nur dadurch werden, daß in solchem Falle das jus postliminii bei ihm Anwendung fand, und dies kann deshalb in solchem Falle nicht Wunder nehmen, weil der statu liber pendente conditione rechtlich als Sclav gilt[3]) und demnach auch hinsichtlich des jus postliminii dem Rechte der Sclaven zu unterstellen war. Anders aber mußte die Entscheidung fallen, wenn die Bedingung bereits während der feindlichen Gefangenschaft existent geworden war. Denn indem sich nun auch ipso jure das Recht des bisherigen statu liber in das eines voll-

---

1) fr. 19. §. 7. Dig. h. t. filius quoque familias transfuga non potest postliminio reverti, neque vivo patre, quia *pater sic illum amisit*, *quemadmodum patria*, et quia *disciplina castrorum antiquior fuit parentibus Romanis*, *quam caritas liberorum*.

2) Etwas verändert aufgenommen in Basil. Lib. XXXIV. 1, 15.

3) Ulpian. fragm. II. §. 2. v. Madai, die Statuliberi des Römischen Rechtes, Halle 1834. §. 17.

kommen Freien umwandelte[1]), ſo verlor er auch eben dadurch für ſich das jus postliminii, das bei freien transfugae ausgeſchloſſen war. Der frühere statu liber konnte jetzt weder sibi reverti, (denn er konnte daheim nun nur hostium loco behandelt werden), noch konnte der Erbe etwa jure postliminii ein Recht auf ihn geltend machen, weil ſeine Rechte mit dem Eintritte der Bedingung verloren gegangen waren.

Aus dem nämlichen Grunde, wie die transfugae gingen des jus postliminii auch die verluſtig, qui armis victi hostibus se dediderunt[2]). Die Schmach, mit den Waffen in der Hand dem Feinde ſich ergeben zu haben, mußte es ebenſo wie bei den transfugae unerträglich erſcheinen laſſen, daß ſolchen noch durch das jus postliminii die Möglichkeit gewährt werde, durch die Rückkehr wieder zur Civität und zu ihren ſonſtigen bürgerlichen Rechten zu gelangen. Die Römiſche Geſchichte kennt mehrere Fälle, in denen Anträge auf Auslöſung, welche von Gefangenen dieſer Art an den Senat geſtellt wurden, die verächtlichſte Zurückweiſung erfuhren. Ein bekanntes Beiſpiel hiervon ereignete ſich nach dem Cannenſiſchen Treffen, als der Senat nach dem Rathe des T. Manlius Torquatus es vorzog, lieber achttauſend Sclaven zu bewaffnen, als die Gefangenen loszukaufen, welche Hannibal anbot[3]). Kam es aber auch einmal zu einem ſolchen Loskauf, ſo war es doch immer erſt das beſondere Geſetz, was den Rückkehrenden die Civität wiedergab, nicht die Rückkehr ſelbſt, wie es das jus postliminii eigentlich beſtimmte.

Eine berühmte Streitfrage wurde aber unter den Römiſchen Juriſten für den Fall geführt, wenn die Uebergabe eines Bürgers an die Feinde nicht von ihm, ſondern vom Römi-

---

1) Ulpian. fragm. II. §. 8. Madai, a. a. O. §. 19.

2) Paulus fr. 17. Dig. h. t. Postliminio carent, qui armis victi hostibus se dediderunt.

3) Liv. XX. 61.

schen Volke selbst ausgegangen war. Es ist bekannt, daß eine solche Dedition besonders dann vorkam, wenn das Römische Volk einen Frieden nicht ratihibirte, der von einem Feldherrn mit einem feindlichen Volke abgeschlossen war, oder wenn ein Bürger sich eines Verbrechens gegen die Unverletzlichkeit fremder Gesandten schuldig gemacht hatte [1]). War nun, in Beobachtung dieses völkerrechtlichen Gebrauches, der durch den Princeps der Fetialen, den pater patratus, dem beleidigten Volke angebotene Bürger von demselben wirklich angenommen worden, so stand es zwar als ein alter, allgemein anerkannter Grundsatz (memoria proditum) fest, „quem (pater suus aut) populus vendidisset aut pater patratus dedisset, ei nullum esse postliminium" [2]). Allein nicht immer wurde das, was von Seiten der Römer als genügende Expiation angesehen wurde, ebenso von dem feindlichen Volke angenommen, und solchenfalls mußte sich der Zweifel erheben, ob nicht bei der Nichtannahme des Bürgers von Seiten der andern Nation der Grundsatz der Ausschließung vom jus postliminii für ihn cessiren und demnach die Civität dem Nichtangenommenen erhalten bleiben müsse. Diese Frage wurde von den Juristen, besonders mit Hinblick auf den Fall des Hostilius Mancinus, der von den Numantinern nicht angenommen worden war, als er wegen Verwerfung des von ihm mit den Numantinern abgeschlossenen Bündnisses ihnen ausgeliefert wurde, verschieden beantwortet.

---

1) Zimmern, Geschichte des Röm. Privatr. Bd. I. §. 195. Walter, Gesch. des Röm. Rechtes Bd. I. §. 71. Ossenbrueggen, de jure belli ac pacis p. 40. Beispiele geben Liv. V. 36. epit. XV. XXXVIII. 42. Valer. Maxim. VI. 6. 3, 5. Non. Marcell. XII. 53. Die Formel einer solchen Dedition findet sich bei Liv. IX. 10., wo der Fetiale Arvina die Sponsoren des Caudinischen Vertrages mit folgenden Worten übergibt: „Quandoque hice homines injussu populi Romani Quiritium foedus ictum iri spoponderunt, atque ob eam rem noxam nocuerant, ob eam rem, quo populus Romanus scelere impio sit solutus, hosce homines vobis dedo." — Müller-Jochmus, Gesch. d. Völkerrechts im Alterthum, §. 82.

2) Cicero de oratore I. 40.

Die Einen glaubten auf die Nichtannahme keinen weiteren Werth legen zu müssen und schlossen auch bei dem Zurückgewiesenen das postliminium aus; die Anderen waren der Meinung, daß der Bürger zu einem deditus erst werde durch die Annahme von Seiten der anderen Nation, der Nichtangenommene also civis bleibe.

Dieser zweiten Ansicht huldigten Brutus[1]) und Cicero, der letztere mit Berufung darauf, neque deditionem, neque donationem sine acceptatione intelligi posse[2]). Allein diese Meinung litt offenbar daran, daß sie einem publicistischen Verhältniß einen rein privatrechtlichen Gesichtspunkt unterlegte: es war derselbe Fehler, der auch heutzutage oft genug wiederkehrt. Nicht der Gedanke, daß die Dedition dem beleidigten Volke als eine ausgleichende Buße zu leisten sei, war es, der diese Dedition an die Feinde als wirksames Mittel, sich von übernommenen völkerrechtlichen Verbindlichkeiten zu befreien, eingeführt hatte. Der bestimmende Zweck ging dabei offenbar mehr auf eine Sühne, die man den Göttern darbrachte, ut *religione* civitas solvatur[3]), indem man durch Ausstoßung des Mitglie-

---

1) fr. 4. Dig. h. t. Eos, qui ab hostibus capiuntur, vel hostibus deduntur, jure postliminii reverti, antiquitus placuit. An qui hostibus deditus reversus nec a nobis receptus est, civis Romanus sit? inter Brutum et Scaevolam varie tractatum est. Et consequens est, ut civitatem non adipiscatur. — Modestin nennt freilich hier nur Brutus und Scävola als zwei einander gegenüberstehende Gegner; daß Brutus die obige Meinung zuzutheilen sei, ergibt sich jedoch aus fr. 17. Dig. de legation. I. 7.

2) Topic. c. 8. — pro Caecina c. 34. Quid? quem pater patratus dedidit, aut suus pater vendidit, quo is jure amittit civitatem? *Ut religione civitas solvatur*, civis Romanus traditur; qui quum est acceptus, est eorum, quibus est deditus; si non accipiunt, ut Mancinum Numantini, retinet integram causam et jus civitatis. — Man vergl. auch die Stelle pro Cornelio Balbo c. 11. Auch Hugo Grotius (II. 21. 4, 7.) billigt diese Meinung, nach dem Vorgange der Glosse und Cujacius, als die consequentere.

3) Cicero pro Caecin. c. 34.

des, welches den Frevel veranlaßt hatte, alle Schuld und Schande von der Gesammtheit der Bürger ablenken zu können vermeinte. Diese Ansicht gewann auch in dem Falle des Hostilius Mancinus die Oberhand, denn es wird ausdrücklich eine lex erwähnt, welche ihm die Civität wieder gegeben habe [1]), wie umgekehrt auch dem M. Claudius, der wegen eines schimpflichen Friedensschlusses den Corsikern übergeben und von diesen nicht angenommen worden war, erst ein Senatsbeschluß die Freiheit und das Leben absprach [2]). Und so fordert auch noch Modestin in fr. 4. Dig. h. t. neue Reception und läßt den, qui hostibus deditus reversus *nec a nobis receptus est*, nicht zur Civität gelangen.

§. 6.

V. Erfordernisse hinsichtlich des redire ab hostibus.

Wie hinsichtlich des venire ad hostes besondere Voraussetzungen vorhanden sein mußten, wenn es zu einer Anwendung des jus postliminii kommen sollte, so genügte auch nicht jedes redire ab hostibus, um die Fiction des Postliminium auf den Zurückkehrenden zu erstrecken. Zwei besondere Bedingungen mußten hier vielmehr zusammentreffen: die objective, daß die Rückkehr an einen Ort erfolgt war, welcher den Zurückkehrenden der Herrschaft der Feinde enthob; die andere, subjective, daß der Zurückkehrende die Absicht gehabt habe, sich aus der Herrschaft der Feinde wieder in seine frühere rechtliche

---

1) fr. ult. Dig. de legation. L. 7.

2) Valer. Maxim. VI. 3, 3. Quem ab hostibus non acceptum in publica custodia necari jussit; semel laesa majestate imperii, quot modis irae pertinax vindex? factum ejus recidit, *libertatem ademit*, spiritum extinxit, corpus contumelia carceris et detestanda Gemoniarum scalarum nota foedavit. — Einen ähnlichen Fall vergl. bei Dio Cassius, fragm. Peires. 45. — Ossenbruggen, de jure belli ac pacis Rom. p. 54.

Stellung zurückzubegeben. Die Römiſchen Juriſten ſelbſt bezeichnen, in analoger Uebertragung der bei dem Beſitzesrechte vorkommenden Ausdrücke, das erſte, objective Moment mit Corpus, das zweite, ſubjective mit Animus oder Mens [1]). Nur wenn beide in eins zuſammentreffen, und erſt von dieſem Augenblicke an, tritt die Fiction ex jure postliminii ein.

1) Die Rückkehr gilt körperlich dann als erfolgt, ſobald der Zurückkehrende an einem Orte angelangt iſt, welcher ſich unter der Botmäßigkeit des Römiſchen Volkes befindet: tunc reversus intelligitur, si intra praesidia nostra esse coepit [2]). Ja ſelbſt für den Fall galten die objectiven Vorausſetzungen des redire ſchon als erfüllt, wenn der Gefangene auch nur in das Gebiet einer mit dem Römiſchen Volke verbündeten oder befreundeten Nation eingetreten war. Dies ſagt beſtimmt Paulus in

> fr. 19. §. 3. Dig. h. t. Postliminio rediisse videtur, cum in fines nostros intraverit, sicuti amittitur, ubi fines nostros excessit. Sed et si *in civitatem sociam amicamve, aut ad regem socium vel amicum* venerit, statim postliminio rediisse videtur, quia ibi primum nomine publico tutus esse incipiat.

Paulus ſtellt hier den Satz, daß auch dann das Poſtliminium eintrete, wenn nur die Rückkehr zu einer befreundeten Nation erfolgte, in ſolcher Unbeſchränktheit auf, daß es eine reine Willkürlichkeit ſein würde, wenn man hierbei nur an beſtimmte Kategorieen enger verbündeter Völker denken wollte [3]),

1) Dieſe Ausdrücke finden ſich gebraucht bei Tryphoninus fr. 12. §. 9. Dig. h. t.; Florentinus fr. 26. Dig. eod. („nec enim satis est *corpore* domum quem redisse, si *mente* alienus est").

2) So Pomponius in fr. 5. §. 1. Dig. h. t. — Paulus fr. 19. pr. eod. — „ubi in fines suos redisset". —

3) Ebenſo allgemein ſpricht ſich Pomponius aus fr. 5. §. 1. Dig. h. t. — tunc autem reversus intelligitur, si aut ad *amicos* nostros perveniat, aut intra praesidia nostra esse coepit. Vgl. Sell, die Recuperatio der Römer, S. 61.

und insofern enthält dieses Zeugniß eine bestimmte Bestätigung der oben über den Umfang der Anwendung des Postliminium aufgestellten Meinung. Als völlig verwerflich muß deshalb auch die Erklärung des Grotius[1]) angesehen werden, welcher unter den sociae amicaeve nationes nur diejenigen Völkerschaften verstanden wissen will, welche im Kampfe gegen das feindliche Volk thätige Hülfe geleistet hätten, so daß die neutral gebliebenen Völker hierbei nicht mit einbegriffen gewesen wären. Abgesehen davon, daß eine solche Neutralität im neueren Sinne den völkerrechtlichen Grundsätzen der Römer völlig fremd gewesen zu sein scheint, müßte dann die Stelle des Paulus auch blos von dem postliminium in bello verstanden werden. Allein daß Paulus auch in dieser Beziehung allgemein sprechen wollte, das deuten wohl insbesondere noch die von ihm gebrauchten Ausdrücke, fines excedere, in fines redire, an, die nicht sowohl auf ein postliminium im Kriegsstande, als vielmehr auf ein postliminium in pace hindeuten. Besondere Beachtung verdienen aber noch die Schlußworte: quia ibi primum *nomine publico* tutus esse incipiat. Denn nicht genügte hiernach, wenn man sich blos persönlich vor dem Feinde sicher fühlte (tutum esse privato nomine); diese Sicherheit mußte sich auf eine öffentliche Gewalt stützen.

Gleichgültig war es dabei, auf welche Weise und durch welche Mittel die Rückkehr intra praesidia bewerkstelligt worden war. Es machte keinen Unterschied, ob der Bürger seine Freiheit der eigenen List und Kühnheit, oder der Gnade der Feinde oder den hülfebringenden Waffen seiner Nation verdankte[2]); nur falls eine Redemtion Statt gefunden hatte, trat zu Gunsten des Redemtor eine Modification ein[3]). Nicht so ohne Bedeutung war dagegen noch der Zeitpunkt, in welchem die Rück-

---

1) de jure belli ac pacis, Lib. IX. c. 3. 1.

2) fr. 26. Dig. h. t.

3) Siehe davon in §. 10.

kehr erfolgte. Denn immer mußte dieser noch in den Zeitraum fallen, in welchem das Verhältniß der beiden Nationen zu einander noch so gestaltet war, daß es die Anwendung des jus postliminii gestattete. War also der Kriegsstand beider Nationen durch einen Friedensschluß beendet worden, so hörte mit dem Momente des Abschlusses auch die Möglichkeit für die Kriegsgefangenen auf, durch postliminium wieder in ihre früheren Rechte zurückzutreten; ebenso wenn der Verlust der Freiheit durch Gefangennehmung von einer mit den Römern durch keinerlei völkerrechtliches Verhältniß verbundenen Völkerschaft erfolgt war, mit dem Augenblicke, wo beide Nationen zu einander in ein Freundschaftsbündniß traten. Der Grund hiervon ist eine unmittelbare Folge dessen, was früher über den Umfang des jus postliminii ausgeführt worden ist. Der Abschluß des Friedens, das Freundschaftsbündniß enthob die beiden Völker der niedersten Stufe des Verkehrs, auf welche der Besitz zugleich über das Recht entschied (§. 1.); mit dem Wegfall dieses Grundsatzes verstand es sich auch von selbst, daß das bloße Uebertreten eines nach dem Kriegsrechte Gefangenen auf das Gebiet des anderen Staates oder das Wieder-Gelangen einer anderen res postliminii in die Gewalt des ersteren Volkes als ein bloßes Aufhören des Besitzstandes nicht mehr zugleich das Recht an der Sache oder dem Gefangenen aufhören machen konnte. Diesen Grundsatz enthält schon Pomponius in der oben Seite 26. angeführten Stelle, indem er bei dem postliminium in bello die Rückkehr des Gefangenen eodem bello zur Bedingung macht. Noch ausführlicher behandelt denselben Tryphoninus in einer Stelle, welche freilich, um sie mit anderen Stellen und mit sich selbst in Einklang zu bringen, einer Emendation bedarf. Die Worte sind:

fr. 12. pr. D. h. t. (Tryphoninus libro IV. Disputationum) In bello postliminium est, in pace autem his, qui bello capti erant, de quibus nihil in pactis erat comprehensum. Quod ideo placuisse Servius ait, quia spem rever-

tendi civibus in virtute bellica magis, quam in pace Romani esse voluerunt. Item in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos jam hostes suo fato[1]) deprehenduntur; quibus jus postliminii est tam in bello quam in pace, nisi foedere cautum fuerat, ne esset his jus postliminii.

Das Wort nihil im ersten Satze paßt offenbar nicht zu dem Folgenden, namentlich nicht zu dem, was nach Servius als Grund der Entscheidung angeführt wird, quia spem revertendi civibus in virtute bellica magis, quam in pace Romani esse voluerunt. Dieser Entscheidungsgrund weist entschieden darauf hin, daß die Meinung des Tryphoninus vielmehr dahin ging, daß der Regel nach den Kriegsgefangenen in pace nicht das Beneficium des jus postliminii zu Gebote stand, womit aber das, übrigens in jedem Falle schon sprachlich unpassende nihil in enschiedenem Widerspruche stehen würde. Es ist daher statt nihil, wie auch die Meisten der Ausleger dieser Stelle[2]) annehmen, id zu setzen: man müßte denn mit Cujacius[3]) supponiren, daß die Worte in pace autem his etc. elliptisch zu nehmen und ihnen dann die Worte postliminium non est zu subintelligirt seien. In beiden Fällen — der Sinn bleibt bei der einen Annahme, wie bei der anderen

1) Die Florentina hat suo facto. Ueber die mannigfachen Emendationen Schulting et Smallenburg, Notae Tom. VII. p. 538. —

2) So Anton. Faber, Hugo Grotius, de Retes. Die Glosse hat das nihil beibehalten, indem sie annimmt, alle Kriegsgefangenen hätten das jus postliminii gehabt, wenn nicht das Gegentheil in dem Friedensvertrage ausgemacht worden wäre. Dieser Sinn kann den Worten ebenso wenig beigelegt werden, als er zu dem sonstigen Inhalte der Stelle stimmt. In den Basiliken (XXXIV. 1, 8.) ist die Stelle so verändert, daß allen Kriegsgefangenen τὸ δίκαιον τῆς ὑποστροφῆς, καὶ ἐν πολέμῳ, καὶ ἐν εἰρήνῃ gegeben ist. — Beispiele von Clauseln, in denen Rückgabe der Gefangenen bedungen wurde, bei Grotius, Annot. ad Lib. III. 9. 4.

3) Observatt. Lib. XIX. 7. XXIV. 31.

der nämliche — spricht Tryphoninus klar den Satz aus, daß nach einem abgeschlossenen Frieden der Regel nach die Rückkehr jure postliminii ausgeschlossen war. Von dieser Regel konnte aber freilich der Friedensvertrag zu Gunsten aller oder einzelner Kriegsgefangenen eine Ausnahme machen, indem die Frist für die Rückkehr jure postliminii ihnen verlängert wurde. Immerhin konnte aber diese Erweiterung des Rechtes nur in Folge einer besonderen Clausel des foedus eintreten, und auch dabei blieb das Erforderniß der wirklichen Rückkehr des früheren Gefangenen als nothwendig bestehen[1]). Stillschweigend aber nahm man diese Erweiterung bei allen Verträgen für diejenigen an, die nicht sowohl als Kriegsgefangene, sondern vielmehr nur dadurch in die Hände der Feinde gefallen waren, daß sie beim Ausbruch des Krieges sich gerade zufällig bei dem fremden Volke befunden hatten. Für diese Klasse der Gefangenen forderte man daher umgekehrt die Clausel, ne iis sit jus postliminii, wenn ihnen die Rückkehr in pace nicht erlaubt sein sollte. Fehlte sie, so nahm man für sie das Vorhandensein der Clausel ut his sit jus postliminii als von selbst verstehend an und erlaubte ihnen danach, auch nach abgeschlossenem Frieden jure postliminii zurückzukehren[2]).

---

1) Dies sagt Pomponius fr. 20. pr. Dig. h. t.: Si captivus, de quo in pace cautum fuerat, ut rediret, sua voluntate apud hostes mansit, non esse ei postea postliminium verum est. —

2) Aus den Bestimmungen, welche über die Zeit der Rückkehr jure postliminii gelten, ist auch die Streitfrage zu erklären, welche Cic. de oratore I. 40. erwähnt: Si quis apud nos servisset ex populo foederato seseque liberasset, ac postea domum revenisset, quaesitum est apud majores nostros, nunc is ad suos postliminio rediisset, et amisisset hanc civitatem. Man hat diese Stelle wohl zum Beweis benutzen wollen, daß auch unter föderirten Völkern früherhin das jus postliminii Statt gefunden habe (Grotius, Lib. III. c. 9. 18.). Allein der hier behandelte Fall war vielmehr folgender: In einem Kriege war ein hostis gefangen genommen worden und auch nach beendigtem Kriege bei den Römern als Sclav verblieben. Darauf von seinem Herrn manumittirt, war er wieder zu seinem, nun den Römern föderirten Volke zurückgekehrt. Die Streitfrage drehte sich

2) Das Vorhandensein des animus revertendi als des zweiten nothwendigen Requisites zum Eintritte des jus postliminii wird übereinstimmend in folgenden drei Stellen unseres Pandektentitels als unerläßlich gefordert:

fr. 5. §. 3. Dig. h. t. (Pomponius) Captivus autem, si a nobis manumissus fuerit, et pervenerit ad suos, ita demum postliminio reversus intelligitur, *si malit eos sequi, quam in nostra civitate manere*, et ideo in Atilio Regulo, quem Carthaginienses Romam miserunt, responsum est, non esse eum postliminio reversum, quia juraverat Carthaginem se reversurum, et non habuerat animum Romae remanendi. Et ideo in quodam interprete Menandro, qui postea, quam apud nos manumissus erat, missus est ad suos, non est visa necessaria lex, quae lata est de illo, ut maneret civis Romanus; nam sive animus ei fuisset remanendi apud suos, desineret esse civis, sive animus fuisset revertendi, maneret civis, et ideo esset lex supervacua.

fr. 12. §. 9. Dig. h. t. (Tryphoninus) — non enim postliminio revertebatur, *nisi qui hoc animo ad suos venisset, ut eorum res sequeretur*, illosque relinqueret a quibus abiisset: quia, ut Sabinus ait, de sua quaque civitate cuique constituendi facultas libera est.

fr. 26. Dig. eod. (Florentinus). Nihil interest, quomodo captivus reversus est, utrum dimissus an vi vel fallacia potestatem hostium evaserit, ita tamen *si ea mente ve-*

---

nun darum, ob man annehmen dürfe, daß er hierdurch die civitas Romana verloren habe oder nicht. Das jus postliminii concurrirte hierbei in sofern, als beim Eintritte desselben natürlich die durch die Freilassung erlangte Civität verloren ging, weil nach einem allgemeinen Grundsatz Niemand Bürger zweier Staaten zugleich sein konnte. (Cic. pro Cornelio Balbo c. 11. 12. 13.) Ob man sich aber auf das jus postliminii nach abgeschlossenem Födus noch berufen könne, war gerade das Zweifelhafte. (fr. 5. §. 3. Dig. h. t.)

nerit, ut non illo reverteretur; nec enim satis est *corpore* domum quem rediisse, si *mente* alienus est.

Es war ein allgemeiner Satz des Römischen Rechtes[1]), daß Niemandem wider seinen Willen die Civität erhalten blieb, wenn er sich derselben freiwillig begeben wollte. Dies Aufgeben war nothwendigerweise auch mit dem Fall verbunden, wenn ein Römischer Bürger sich das Bürgerrecht eines anderen Staates ertheilen ließ, weil, nach Cicero's Ausspruch[2]) duarum civitatum civis esse nostro jure civili nemo potest. Zog es daher ein Gefangener vor, statt die Rückkehr in seine früheren Verhältnisse zu suchen, sich lieber bei dem fremden Volke manumittiren zu lassen und dort die Stellung eines Freigelassenen anzunehmen, so konnte von da an das jus postliminii auf ihn keine Anwendung mehr finden, weil er überhaupt nun aufgehört hatte, im Nexus zu der Römischen Bürgerschaft zu stehen[3]). War aber freilich die Freilassung vielleicht wider seinen Willen erfolgt, so mußte es sich bei der Rückkehr entscheiden, welchem Volke der Rückkehrende sich zutheilen wollte, und da die Wahl, wie auch Sabinus meinte, Jedem frei stand, so war es eine natürliche Rücksicht, daß man zum Eintritte des jus postliminii noch besonders den animus revertendi verlangte.

Pomponius in der oben angeführten Stelle hat hierher den Fall des Atilius Regulus gezogen, mit der Behauptung, daß dieser, als er aus der Gefangenschaft nach Rom gesendet war, um die Auswechselung der Gefangenen zu vermitteln, deshalb nicht als postliminio reversus angesehen worden sei, weil er einen Eid geleistet, daß er zurückkehren werde, und deshalb nicht die Absicht gehabt habe, in Rom zu bleiben. Hier wirkten jedoch offenbar auch die Rücksichten auf das vin-

---

1) Etwas Anderes galt bei den Griechen Cic. pro Balbo c. 12.

2) Cicero c. l. c. 11.

3) Hier hätten schon die Grundsätze über transfugae Platz greifen müssen.

culum religionis mit, welches in dem Eide lag, um das postliminium auszuschließen. Dies zeigt besonders eine ganz ähnliche Geschichte, deren Gellius lib. VII. c. 18. gedenkt. Nach dem Cannensischen Treffen waren Zehn der Gefangenen nach Rom entsendet worden, um die Auswechselung der Gefangenen zu beantragen. Der Senat verweigerte, auf den Antrag einzugehen. Die Verwandten bedrängten die Abgesandten, in Rom zurückzubleiben, unter dem Vorwande, daß sie postliminio in patriam zurückgekehrt seien. Acht blieben standhaft und erklärten, postliminium justum non esse, quoniam dejurio vincti forent. Zwei blieben zurück; aber sie vermochten nur insofern sich auf das jus postliminii zu berufen, als sie angaben, sie seien nach geleistetem Eide, an dem nämlichen Tage, wo sie das Lager verlassen, noch einmal in das feindliche Lager zurückgekehrt und so des Eides ledig (jurejurando satisfacto rursus injurati) nach Rom gekommen[1]). Allgemeine Verachtung traf aber die, welche nur durch betrügerische Umgehung ihrer eidlichen Verpflichtung das jus postliminii erlangt hatten. — Ein vollkommen passendes Beispiel bietet dagegen die Geschichte des Publius Menander dar, welcher, ein Grieche von Geburt und von den Römern zum Kriegsgefangenen gemacht, nachdem er in Rom durch Freilassung die Rechte eines libertus civis Romanus erlangt hatte, in Begleitung einer Gesandtschaft als Dolmetscher derselben späterhin in sein Vaterland zurückkehrte. Es erhoben sich Zweifel, ob derselbe nicht dadurch postliminio wieder in die früherhin in der Heimath eingenommene rechtliche Stellung zurückgetreten sei und dadurch seine Civität verloren habe: ein eigenes Gesetz aber entschied für seine Civität. Pomponius tadelt dasselbe als etwas Ueberflüssiges, und nach seinem Raisonnement mit vollem Rechte. Denn hätte er die Absicht ge-

1) Livius XXII. c. 58—61. erwähnt dieses Ereignisses mit einigen Abweichungen.

habt, bei den Seinen zu bleiben, so würde eine lex zu Gunsten seiner Civität ohnehin nicht gefordert worden sein; hatte er aber die Absicht, nicht in Griechenland zu bleiben, so bedurfte es andererseits ebenso wenig eines ausdrücklichen Volksschlusses, da dann bei dem Mangel des animus revertendi ad suos gar nicht das jus postliminii auf ihn Anwendung finden konnte. Bei der Ungewißheit der Entscheidung, welche der Umstand voraussetzt, daß man eine eigentliche lex für nothwendig hielt, um dem Liberten die Römische Civität zu erhalten, wird man jedoch annehmen können, daß man vielleicht in der früheren Zeit dies Requisit des animus revertendi praktisch nicht so streng ausschied, wie dies die späteren Theoretiker thaten. Es wird um so eher erlaubt sein, dies anzunehmen, weil die Fälle, in denen ein redire post limina ohne den begleitenden animus revertendi erfolgte, mindestens bei Freien gewiß nur sehr selten vorkamen[1]).

Bei den übrigen res postliminii aber wurde natürlich aus einer sehr begreiflichen Rücksicht von diesem besonderen Erforderniß des animus revertendi nicht gesprochen. Dies war insbesondere von Wichtigkeit bei Sclaven, welche von den Feinden gefangen worden waren und wieder in die Gewalt der Römer fielen. So wenig bei ihnen der absichtliche Uebertritt zu den Feinden die Anwendung des jus postliminii zu hindern vermochte, so wenig kam es bei ihnen darauf an, ob sie bei der Rückkehr von den Feinden Willens gewesen waren, wieder in die frühere rechtliche Stellung zurückzutreten oder sich zu den Feinden zurückzubegeben. So entscheidet Tryphoninus bei Gelegenheit der Frage, welche Wirkung die von einem Redemtor vorgenommene Manumission eines redimirten Sclaven habe:

1) Eine indirecte Nöthigung hierzu lag schon darin, daß sonst die strengen Grundsätze über transfugae Platz griffen.

fr. 12. §. 9. D. h. t. Manumittendo autem utrum desinit tantum dominus esse, et relictus ab eo servus in jus prioris domini redit, an et liberum eum facit, ne praestatio libertatis dominii fiat translatio? Certe *apud hostes* manumissus liberatur; et tamen si eum nactus dominus ipsius vetus intra praesidia nostra fuisset, *quamvis non secutum res nostras, sed dum eo consilio venisset, ut ad illos reverteretur*, servum retineret jure postliminii.

In der angegebenen Entscheidung, so weit sie auf unsere vorliegende Frage Bezug hat, liegt zweierlei: Einmal, daß es auf den animus revertendi bei Sclaven nicht weiter ankam; dies sagen mit Bestimmtheit die Worte quamvis non secutum res nostras, sed dum eo consilio venisset, ut ad illos reverteretur. Weiter aber wird noch eine besondere Bedingung für den Eintritt des jus postliminii bei Sclaven hier aufgestellt; denn nicht blos an das redire intra praesidia wird dieser Eintritt geknüpft, sondern si *eum nactus* dominus ipsius vetus intra praesidia nostra fuisset. Dies Letztere deutet also an, daß der zurückkehrende Sclav auch wieder capirt sein mußte, denn er sollte ja sogar bis dahin frei sein, wenn er bei den Feinden vielleicht manumittirt worden war. Der Unterschied gegen die Freien war also kurz der, daß die letzteren wieder ihre Freiheit und alle Rechte jure postliminii erlangten, sobald sie publico nomine tuti zu sein anfingen; wo aber kein publicum jus in Betracht kam, wie bei Sclaven und den übrigen res postliminii, da war außerdem eine Sicherung privato nomine erforderlich. Der Freie sibi revertebatur; der Sclav, weil er nur domino zurückkehren konnte, mußte auch erst einem dominus wieder unterworfen worden sein, ehe die fictio postliminii auf ihn Anwendung finden konnte.

Noch deutlicher wird uns dies in einer Anmerkung des

Paulus zu einer Schrift des Labeo geſagt, welche als letztes Fragment in unſeren Titel aufgenommen iſt:

fr. 30. Dig. h. t. Labeo libro VIII. Pithanῶn a Paulo epitomatorum. Si id, quod nostrum hostes ceperunt, ejus generis est, ut postliminio redire possit, simulatque ad nos redeundi causa profugit ab hostibus, et intra fines imperii nostri esse coepit, postliminio redisse existimandum est. Paulus: Immo cum servus civis nostri ab hostibus captus inde aufugit, et in urbe Roma ita est, ut neque in domini sui potestate sit, neque ulli serviat, nondum postliminio redisse existimandum est.

Das Verhältniß der Note des Paulus zu dem Texte der *πειϑανα* des Labeo iſt in dieſem Falle ziemlich klar[1]). Labeo hatte die Regel aufgeſtellt, ſein Satz enthält die drei Erforderniſſe, welche vorhanden ſein müſſen, um das jus postliminii anwenden zu können: eine des postliminium überhaupt fähige Sache, eine vollendete Rückkehr von den Feinden, verbunden mit dem animus revertendi. Paulus fügt nur berichtigend die Modification hinzu, die in Bezug auf die beiden letzteren Requiſite bei ſolchen Sachen vorkam, welche außer dem zum Sclav gewordenen früheren Freien mit unter die res postliminii fielen. Denn z. B. bei einem Sclaven genügte es ebenſo wenig, wenn er von den Feinden entflohen war, ſelbſt wenn er ſich in Rom aufhielt, als bei ihm Etwas auf das Vorhandenſein des animus revertendi ankam. Seine Rückkehr jure postliminii war nicht anerkannt, si neque in domini sui potestate sit, neque ulli serviat, d. h. es mußte eben bei ihm erſt eine Beſitzesergreifung Statt gefunden haben; erſt der Moment dieſer Occupation ließ bei ihm die fictio postliminii eintreten.

1) Im Uebrigen iſt daſſelbe, beſonders was die beiden vorhergehenden fr. 28. 29. h. t. betrifft, nicht unbeſtritten.

§. 7.

VI. Wirkungen des Postliminium.

a) Vorbemerkungen.

Das Postliminium enthält die Fiction, daß die res postliminii — mochte dies nun ein homo oder eine andere der hierher gehörigen Sachen (§. 3.) sein — so angesehen wurde, als ob sie nie in der Gewalt der Feinde gewesen wäre. In diesem Grundsatze liegt zweierlei eingeschlossen: daß mit dem Gelangen in die Gewalt der Feinde ein Verlust der Rechte eintrat, und daß mit der erfolgten Rückkehr dieser Verlust wieder in der Weise als aufgehoben betrachtet wurde, als wäre überhaupt derselbe nie eingetreten. So einfach sich dies nun auch in der allgemeinen Regel ausnimmt, so hatte doch die Anwendung des Satzes auf die einzelnen Rechte, besonders in seiner retrotractiven Kraft, ihre Schwierigkeiten, und es kann uns daher nicht Wunder nehmen, wenn man hierbei auch zu einigen Modificationen des Grundsatzes gelangte. In wie weit dieses oder jenes Rechtsverhältniß bei der res postliminii durch die Gewalt der Feinde als unterbrochen oder vorläufig zerstört anzusehen sei, in wie weit mit Hinblick auf das mögliche Zurückkehren derselben eine Vorsorge für das unbehinderte und unverminderte Wiederaufleben der früheren Rechte für nöthig zu erachten, auf welche Rechte überhaupt diese wiederbelebende Kraft zu erstrecken sei — dies sind Fragen, bei denen die individuelle Natur und Beschaffenheit der einzelnen Rechtsverhältnisse selbst nicht ohne Einfluß bleiben konnte. Eine erschöpfende Darstellung der Wirkungen des Postliminium wird sich daher nothwendig auf die einzelnen Rechte selbst einlassen müssen. Die Quellen selbst bieten hierzu in einer reichen Auswahl einzelner Entscheidungen die Hand. Bei der weitgreifenden Störung, welche eine feindliche Occupation in den Rechtsverhältnissen hervorbrachte, war den Juristen vielfache Gelgenheit gegeben, auf die Frage zurückzukom-

men, welche Möglichkeit das Postliminium gebe, diesen Störungen wieder abzuhelfen, und die Pandektencompilatoren haben nicht verfehlt, die wichtigsten Entscheidungen dieser Art in die Digesten mit aufzunehmen.

Von besonderer Wichtigkeit war diese Frage, wenn ein bisher freier Römischer Bürger in die Gewalt der Feinde gekommen war. Auf diesen Fall beziehen sich daher auch die meisten Responsen. Viel einfacher stellte sich die Sache, wenn ein Sclav oder eine andere res postliminii, die bisher nur als Object in Rechtsverhältnissen gestanden hatte, an die Feinde verloren ging. Wir werden uns daher im Folgenden auch zunächst nur auf den ersten Fall beziehen, indem wir die Wirkungen des Postliminium hinsichtlich des zweiten Falles einem weiteren Paragraphen überweisen.

§. 8.

b) Wirkungen des Postliminium bei freien Personen.

Um die Wirkungen, welche das jus postliminii für den aus feindlicher Gefangenschaft zurückkehrenden Römer äußerte, vollständig zu übersehen, ist es nöthig, sich noch einmal zu vergegenwärtigen, in welche rechtliche Stellung der Kriegsgefangene durch die feindliche Occupation gelangte. Diese Stellung war keine andere, als daß der Gefangene nicht blos dem Kreise der Cives, sondern auch der freien Rechtssubjecte überhaupt entrückt und als servus hostium angesehen wurde. Der gefangene Römer war nicht allein faktisch im Zustande der Sclaverei; da den Feinden gegenüber überhaupt der Besitzstand zugleich über das Recht entschied, so galt er auch rechtlich als seiner Freiheit beraubt. Die unmittelbare Folge davon mußte aber sein, daß ihm als einem Sclaven alle Rechte verloren gingen, welche er bis dahin besessen hatte. Er verlor die politischen Rechte so gut, wie die Stellung, welche er in der Familia und Gens eingenommen hatte. War er als

Filiusfamilias der väterlichen Gewalt eines Parens unterworfen gewesen, so hörten diese Gewalt und mit ihr alle diejenigen Rechte auf, welche an sie geknüpft waren. Das eheliche Verhältniß, eine Vormundschaft oder Curatel mußte nothwendig mit dem Momente der eintretenden Sclaverei zerstört werden. Aber auch jedes Recht auf das Vermögen fiel weg, wie jede Möglichkeit einer Beerbung und jeglicher Erbanspruch von Seiten des Gefangenen; denn von alle dem konnte bei einem zum Sclaven Gewordenen nicht weiter die Rede sein.

So weit umfassend hiernach der Verlust war, welchen der gefangene Römer erlitt, so umfassend war jedoch auch im Allgemeinen die durch das jus postliminii dagegen gegebene Hülfe. Pomponius giebt in fr. 5. §. 1. D. h. t.[1]) den Inhalt der Fiction so allgemein an, daß der Fall, in welchem einmal die in dem jus postliminii liegende Restitution nicht Platz griff, als eine singuläre Ausnahme zu betrachten sein wird. Denn wenn es in der angeführten Stelle von demjenigen, der postliminium habet, erklärend heißt: perinde *omnia* restituuntur ei jura, ac si captus ab hostibus non esset, so wird man nothwendig, wenn die Quellen nicht die besondere Abweichung bemerken, stets in allen Beziehungen das Eintreten der Fiction anzunehmen haben. Um nun zu zeigen, wie dies im Einzelnen von den Römischen Juristen durchgeführt worden ist, mögen hier die drei Beziehungen unterschieden werden: die Wirkungen in den persönlichen, Standes- und Familienverhältnissen, die Wirkungen in Bezug auf das Vermögen, endlich die Beziehungen des Postliminium auf das Erbrecht.

I.

Unsere Rechtsquellen, soweit sie des jus postliminii in Anwendung auf einzelne Entscheidungen gedenken, sprechen fast

---

1) Vgl. oben S. 26. Man vgl. auch Gaj. Inst. I. §. 129. — „*omnia* pristina jura recipiunt" —. Ulpian. fragm. X. 4. — „*omnia* pristina jura recipit jure postliminii" —.

ausschließlich von Verhältnissen, welche dem Privatrecht angehören. Man könnte danach Bedenken tragen, ohne Weiteres die Fiction des Postliminium auch auf die politischen und Standes-Rechte des Römers zu beziehen; allein nach den allgemeinen Worten des Pomponius muß dieser Zweifel nothwendig verschwinden.

Hostilius Mancinus trug kein Bedenken, wieder im Senate zu erscheinen, und wenn er auch von dort ausgewiesen wurde, so geschah dies eben doch nur deshalb, weil ihm nach der Meinung der Volkstribunen kein Postliminium zustand [1]). Der frühere Freigelassene ward wieder nur Libertus [2]). Der zurückkehrende Soldat wurde, wenn ihm bezüglich des venire ad hostes Nichts zur Last fiel, mit dem nämlichen Range restituirt, den er früher inne gehabt hatte. Die Zeit der Gefangenschaft wurde ihm für diesen Fall selbst an der Dienstzeit abgerechnet, und daher, wenn dieselbe während der Gefangenschaft vollständig bereits abgelaufen war, ihm die Rechte eines Veteranen zugesprochen [3]). Aber auch bei Verbrechern fand der Grundsatz seine unbeschränkte Anwendung: man nahm bei ihnen nicht weniger an, daß sie in suam causam zurückkehrten, gleichviel auf welche Art sie wieder in die Hände der Römer gekommen waren [4]).

In Rücksicht auf die Stellung in der Familie sind es aber besonders drei Verhältnisse, welche hier in Betracht kommen: die väterliche Gewalt, die Ehe, die Vormundschaft.

---

1) Cicero de oratore I. 40.

2) arg. fr. 1. §. 2. Dig. de assign. libert. XXXVIII. 4.

3) fr. 3. §. 12. Dig. de re militari XLIX. 16. Sed si et improviso, dum iter quis facit, capitur ab hostibus, inspecto vitae ejus praecedentis actu venia ei dabitur; et si expleto tempore militiae redeat, ut veteranus restituetur et emerita accipiet.

4) fr. 6. D. h. t. Mulier in opus salinarum ob maleficium data, et deinde a latrunculis exterae gentis capta, et jure commercii vendita ac redemta, in *causam suam* recidit. Coccejo autem

Das Recht der väterlichen Gewalt mußte eine Störung erleiden, sei es daß der Parens, sei es daß der Haussohn in feindliche Gefangenschaft gerieth. Nur ein aus beiden combinirter Fall war es, wenn beide zugleich bei den Feinden sich befanden und späterhin zurückkehrten. Die Entscheidung der ersten Möglichkeit gibt uns Gajus und Ulpian in fast übereinstimmenden Worten:

Gajus Inst. I. §. 129. Quod si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus interim hostium fiat, pendet jus liberorum propter jus postliminii, quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt. Itaque reversus habebit liberos in potestate. 1)

Ulpian. fragm. X. 4. Si pater ab hostibus captus sit, quamvis servus hostium fiat, tamen, cum reversus fuerit, omnia pristina jura recipit jure postliminii; sed quamdiu apud hostes est, patria potestas in filio ejus interim pendebit et, cum reversus fuerit ab hostibus, in potestate filium habebit.

Fast ebenso entscheidet Paulus in seinen Sententiae receptae:

Lib. II. 25. §. 1. Pater ab hostibus captus desinit habere filios in potestate: postliminio vero reversus tam filios, quam omnia sui juris in potestatem recipit, ac si nunquam ab hostibus captus sit.

Daß der Hausvater durch die feindliche Gefangennahme die patria potestas dem Rechte nach verlor, so wie daß er sie mit der Rückkehr jure postliminii zurückerhielt, ist nur die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes. Ein Zweifelspunkt

---

Firmio centurioni pretium ex fisco reddendum est. — fr. 12. §. 15—17. Dig. eod. —

1) Epitome Gaj. I. 6. §. 2. — §. 5. Inst. quibus mod. patria pot. solv. I. 12.

konnte hier nur sein, welche Stellung während der Gefangenschaft des Vaters dem Filiusfamilias zuzuweisen sei. Man könnte hierbei an zwei Möglichkeiten denken: entweder daß man das Kind einstweilen als sui juris ansah und nur mit Eintritt der Rückkehr des Vaters rückwärts als nie aus der väterlichen Gewalt herausgegangen betrachtete, oder daß man umgekehrt die väterliche Gewalt wegen der Hoffnung des Postliminium als fortbestehend annahm und die Freiheit von der väterlichen Gewalt erst dann eintreten ließ, wenn es gewiß geworden sein würde, daß das Postliminium nicht mehr eintrete. Die Juristen entschieden für das letztere, wie die Ausdrücke, welche Gajus und Ulpian hier gebrauchen — **pendet jus liberorum propter jus postliminii, patria potestas in filio interim pendebit** [1]) beweisen. Der zurückgebliebene Haussohn blieb trotz der eingetretenen Capitisdeminution seines Parens vorläufig Filiusfamilias; die Freiheit von der väterlichen Gewalt galt ihm nur unter der Suspensivbedingung verliehen, falls der Parens nicht aus der feindlichen Gefangenschaft zurückkehren werde.

Daß dies in der That die Ansicht unserer Quellen ist, läßt sich in mehrfachen Entscheidungen derselben nachweisen. Es hätte die Frage entstehen können, ob, während der Vater sich in feindlicher Gefangenschaft befand, dem unmündigen Haussohn nicht inzwischen von dem Magistrate ein Tutor zu geben sei? Das Interesse des Unmündigen, wie die strenge Consequenz aus der veränderten Stellung des Parens hätte anscheinend dafür sprechen sollen; aber zu Gunsten des jus

---

1) Man vgl. noch Tryphoninus in fr. 12. §. 1. Dig. h. t. Si quis capiatur ab hostibus, hi, quos in potestate habuit, in incerto sunt, utrum sui juris facti, an adhuc pro filiis familiarum computentur. Nam defuncto illo apud hostes, ex quo captus est, patres familiarum, *reverso*, nunquam non in potestate ejus fuisse credentur. —

postliminii entschied man sich gegen die Statthaftigkeit einer solchen Dation.

fr. 6. §. 4. Dig. de tutelis XXVI. 1. (Ulpianus) Ei, cujus pater in hostium potestate est, tutorem dari non posse palam est. Sed si datus sit, an in pendente sit datio? quaeri potest. Et non puto dationem valere; sic enim post patris regressum recidit in potestatem, atque si nunquam pater ab hostibus captus fuisset. Immo curator substantiae dari debet, ne in medio pereat [1]).

Ulpian leugnet es hier schlechthin, daß dem Sohne eines Kriegsgefangenen ein Tutor gegeben werden könne. Nur die Möglichkeit einer Curatel für das Vermögen wird zugegeben. Die Dation eines Tutor setzte einen homo sui juris voraus; als solcher aber wurde der Haussohn des Kriegsgefangenen nicht angesehen. Ob man nicht einen Tutor doch anzunehmen habe, wenn der Magistrat die Dation wider die Regel vorgenommen hatte, scheint nach Ulpians Aeußerung unter den Juristen nicht ganz unbestritten gewesen zu sein; aber in consequenter Durchführung des Grundsatzes mußte man sich auch gegen diese einstweilige Bestellung entscheiden.

Der frühere Filiusfamilias eines Kriegsgefangenen erwirbt daher und besitzt auch nicht eher für sich selbst, als bis es sich mit dem Postliminium entschieden hat [2]), obwohl mit dem Eintritt der Gewißheit, daß es nicht zur Anwendung des jus postliminii komme, der Filiusfamilias schon von Zeit der Gefangennehmung des Parens rückwärts als sui juris gilt [3]). Ueber diesen Punkt führt fr. 1. §. 12. Dig. de Senatuscons. Silaniano (XXIX. 5.) mit Rücksicht auf die Bestimmung

---

1) Basilic. Lib. XXXVII. 1. 6. — Harmenopul. V. 11. §. 11.

2) fr. 11. Dig. de verb. obl. XLV. 1. Filius, dum in civitate est, patri reverso ab hostibus videtur acquisisse.

3) Julian. fr. 22. §. 2. Dig. h. t.

dieses Senatsbeschlusses eine charakteristische Entscheidung Ulpians an:

fr. 1. §. 12. cit. Si pater ab hostibus captus sit, quaestionem de servis habendam et supplicium filio occiso, eleganter Scaevola ait; quod etiam post mortem patris probat, si ante, quam ei suus heres existat, occisus fuerit.

Die Bestimmung des Silanianischen Senatusconsultes, daß bei der Ermordung eines Herrn alle Sclaven, welche sich in der Nähe befunden, auf der Folter inquirirt und, wenn sie dem Herrn nicht beigestanden hatten, sämmtlich hingerichtet werden sollten [1]), bezog sich wohl zunächst nur auf die Tödtung des eigentlichen Dominus und derjenigen seiner Kinder, welche sich in der wirklichen Potestas bei ihm befanden [2]). Befand sich nun der Vater in feindlicher Gefangenschaft, während der Sohn daheim getödtet wurde, so konnte es in Zweifel gezogen werden, ob hier eine Quästion über die Sclaven Statt finden dürfe, da der getödtete Sohn eigentlich wegen der Gefangenschaft des Vaters weder als Haussohn angesehen werden, noch andererseits selbst als Dominus der Sclaven gelten konnte, da immer noch die Hoffnung vorhanden war, der Vater werde jure postliminii dieselben in sein Eigenthum zurückerhalten. Dennoch nahm man auch hier die Quästion als statthaft an, offenbar weil man, wie die übrigen Anwendungen beweisen, die väterliche Gewalt über den Filiusfamilias noch als fortdauernd ansah, dann aber auch deshalb, weil man überhaupt den Begriff des Dominus späterhin nicht mehr so streng festhielt. Dies zeigt sich auch in den Schlußworten der Stelle, welche folgenden Fall behandeln. Der Vater war gestorben, und damit die väterliche Gewalt über den bisherigen Haus-

---

1) Tacit. Ann. XIV. 42. Paul. sent. rec. III. 5. §. 3. 5 seqq. fr. 1. pr. h. t.

2) fr. 1. §. 6. 7. Dig. h. t.

sohn gelöst. Trat nun der Haussohn vermöge seines Rechtes als suus heres gleich in die Erbschaft des Paterfamilias ein und erfolgte darauf seine Ermordung, so konnte die Quästion gegen die Sclavenfamilie unbezweifelt Statt finden, da der Haussohn ipso jure zum Dominus der Sclavenfamilie geworden war. Allein es konnte wohl auch vorkommen, daß zwischen dem Tode des Vaters und der Erwerbung des väterlichen Vermögens durch den Haussohn als suus heres noch ein Zwischenraum inmitten lag, wie z. B. in dem Falle, wenn neben dem im Testamente des Vaters eingesetzten Filius noch ein präterirter Postumus erwartet wurde, welcher durch sein Agnasciren das väterliche Testament rumpiren konnte [1]). Wenn nun innerhalb dieses Zwischenraumes der Sohn gemordet worden war, so fehlte es an dem Requisite des Dominus, um es zu einer Quästion gegen die Sclaven des verstorbenen Parens kommen zu lassen. Aber Scävola entscheidet doch für diesen Zwischenraum ebenso, wie für die Zeit, in welcher das Recht des Sohnes wegen der feindlichen Gefangenschaft des Vaters in Zweifel stand, und Ulpian hat diese Meinung auch als die seinige aufzunehmen nicht Bedenken getragen, da er überhaupt als liberi im Sinne des **Senatusconsultum Silanianum**, im Widerspruch freilich mit anderen Juristen, nicht blos die Kinder in der Gewalt, sondern auch die von der Gewalt befreiten gelten ließ [2]). —

Nach dem **Senatusconsultum Macedonianum** wurde bekanntlich die Wirkung eines Darlehns an einen Filiusfamilias in der Weise beschränkt, daß der Darlehnsklage eine Exception gegenüber gestellt werden konnte, welche die Obligation nur als eine natürliche bestehen ließ. Bei einem Filiusfamilias, dessen Vater sich bei den Feinden befand, konnte man ganz

---

1) fr. 16. Dig. de liberis et postum. XXVIII. 2. Puchta, Pandekten §. 486. Note d.

2) fr. 1. §. 8. Dig. h. t.

aus den nämlichen Gründen über die Anwendbarkeit des Senatusconsultes in Zweifel sein. Ulpian entscheidet denselben aber ganz in dem Sinne, in welchem die bisher angeführten Entscheidungen gegeben sind:

fr. 1. §. 1. Dig. de SCto. Macedoniano. XIV. 6. Si pendeat an sit in potestate filius, utputa quoniam patrem apud hostes habet, in pendenti est, an in senatusconsultum sit commissum; nam si reciderit in potestatem, senatusconsulto locus est, si minus, cessat; interim igitur deneganda est actio.

Indem hier einstweilen die Klage aus dem Darlehn dem Darlehnsgläubiger gegenüber dem Haussohne versagt wird, bis es sich mit der Rückkehr des Paterfamilias entschieden hat, liegt darin gleichfalls die Anerkennung, daß die Verhältnisse hinsichtlich der patria potestas wie sie vor der Gefangennehmung bestanden, einstweilen noch als fortdauernd angenommen werden. — Dagegen findet sich eine Abweichung hiervon bei der Frage, in wie weit es dem zurückgebliebenen Filiusfamilias gestattet sei, eine Ehe einzugehen. Hätte man hier streng an dem Grundsatze festgehalten, so würde dadurch für den Filiusfamilias es zu einer Unmöglichkeit geworden sein, eine vollgültige Ehe einzugehen, weil der hierzu eigentlich nothwendige Consens des Vaters nicht eingeholt werden konnte. Der honos matrimonii bewog jedoch die Römischen Juristen allgemein, trotz des fehlenden Consenses des Vaters doch die Statthaftigkeit einer Ehe anzunehmen. Doch fügten einige noch Beschränkungen bei. Am weitesten geht Tryphoninus in fr. 12. §. 3. Dig. h. t., der, mit Rücksicht auf die publica nuptiarum utilitas, allgemein die vom Sohne während der Gefangenschaft des Vaters abgeschlossene Ehe als eine gültige ansieht. Die Sophistik des von ihm dafür angegebenen Grundes, weil doch auch der Vater nicht dissentiren könne, verräth freilich immerhin deutlich genug, wie weniger das strenge Recht, als natürliche Rücksichten, auf welche auch

die Bestimmungen der lex Julia et Papia Poppaea influiren mochten, an dieser Entscheidung Antheil hatten. Ulpian und Julian sprechen von einem Triennium, das der Sohn erst vorübergehen lassen müsse, ehe er zur Ehe schreiten dürfe, und dieser Meinung scheint auch Paulus [1]) gewesen zu sein. Die Stellen hierüber sind:

fr. 9. §. 1. Dig. de ritu nuptiarum XXIII. 2. (Ulpianus) Is, cujus pater ab hostibus captus est, si non *intra triennium* revertatur, uxorem ducere potest.

fr. 11. Dig. ejusd. tit. (Julianus) Si filius ejus, qui apud hostes est, vel abest, ante *triennium* captivitatis vel absentiae patris uxorem duxerit, vel si filia nupserit, puto recte matrimonium vel nuptias contrahi, dummodo eam filius ducat uxorem, vel filia tali nubat, cujus conditionem certum sit patrem non repudiaturum.

Auf welchem Grunde die Annahme des Triennium von Seiten dieser Juristen beruhte, läßt sich nicht bestimmen. Aus der letzten Entscheidung Julians sieht man jedoch, daß auch Juristen, welche sonst diese Frist billigten, sie deshalb doch nicht so genau festhalten zu müssen glaubten. Es konnten dann bei einer solchen Ehe pacta dotalia mit voller Wirksamkeit, aber auch nur duntaxat dotis nomine, vorkommen [2]). Es war selbst dem Prätor und den Provinzialmagistraten gestattet, aus den Gütern des bei den Feinden befindlichen Vaters der zurückgebliebenen Tochter eine dos auszusetzen, welche dann dem Rechte einer dos profectitia folgte [3]).

Als eine natürliche Folge dieser Erlaubniß für den Haussohn, eine vollgültige Ehe trotz der fehlenden Einwilligung des

1) Er spricht in fr. 10. Dig. de ritu nupt. allgemein von dem Falle der Abwesenheit des Vaters, ut ignoretur, ubi sit vel an sit. Daß unter diesen Fall auch feindliche Gefangenschaft mit begriffen wurde, zeigt besonders die Zusammenstellung Julians in fr. 11. h. t.

2) Paulus fr. 8. Dig. de pactis dotal. 23. 4.

3) fr. 5. §. 2. Dig. de jure dotium XXIII. 3.

Vaters eingehen zu dürfen, mußte sich freilich ergeben, daß ihm durch die Geburt eines Kindes aus dieser Ehe auch wider seinen Willen ein suus agnasciren konnte[1]). Wie der Sohn selbst, so fiel auch der von ihm geborene Enkel mit dem Eintritte des Postliminium in seine Gewalt, ja dies tritt auch dann ein, wenn der Sohn selbst, von dem nun der Enkel geboren wurde, bei dem Beginne der Gefangenschaft des Großvaters noch nicht geboren war. Diesen Fall behandelt

fr. 23. Dig. h. t. (Julianus). Si quis praegnante uxore relicta in hostium potestatem pervenerit, mox natus filius ejus uxore ducta filium vel filiam procreaverit, ac tunc postliminio avus reversus fuerit, omnia jura nepotis nomine perinde capiet, ac si is, cum filius nasceretur, in civitate fuisset. —

Der zweite Fall, wodurch das Recht der väterlichen Gewalt alterirt werden mußte und das Postliminium seine restituirende Kraft zeigen konnte, war, wenn der Haussohn in die feindliche Gewalt gerieth, während der Paterfamilias in civitate verblieb. Pomponius in fr. 14. pr. h. t. bezeichnet diesen Fall so, daß bei ihm eine duplex causa postliminii vorliege; denn die eigenthümliche Stellung des Haussohnes bewirkt, nicht blos, daß mit der Rückkehr er selbst seine Rechte wieder erhielt, sondern daß auch der Vater an ihm seine Gewaltsbefugnisse zurückerwarb. Während der Dauer der Gefangenschaft des Filiusfamilias wurde hinsichtlich der väterlichen Gewalt im Ganzen der nämliche Zustand angenommen, wie wenn der Vater sich in der Gefangenschaft befand: patria potestas interim pendebit[2]), potestas patris in suspenso

---

1) Tryphonin. fr. 12. §. 3. h. t. — susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate, ut redierit, erit, suusque heres ei quodammodo invito, quum nuptiis non consenserit; non mirum, quia *illius temporis conditio necessitasque* faciebat, et publica nuptiarum utilitas exigebat. — fr. 15. Dig. de suis et legit. XXXVIII. 16.

2) Ulpian. fragm. X. §. 4.

est [1]). Einstweilen bleiben daher auch noch dem gefangenen Filiusfamilias die Rechte, welche er nach seiner Stellung in der Familie beanspruchen darf, vorsorglich erhalten. Dies zeigt sich besonders in den Rechten, welche ihm gegenüber dem Paterfamilias als suus heres zukommen: auf die mannigfachen Entscheidungen der Quellenschriftsteller gerade über diesen Punkt wird jedoch erst weiter unten bei den Verhältnissen des Erbrechtes näher einzugehen sein.

Es ist aber hier der Fall noch in das Auge zu fassen, wo einem Bürger ein Sohn von seiner in feindlicher Gefangenschaft befindlichen Frau geboren wurde, sei es daß er selbst zugleich mit gefangen worden oder in civitate zurückgeblieben wäre. Wenn in solchem Falle das bei den Feinden geborene Kind späterhin wieder in die Gewalt der Römer fiel, so mußte sich nach der strengen Consequenz des Rechtes einem Erwerbe der Patria Potestas über das Kind für den Vater jure postliminii das Bedenken entgegenstellen, daß es hier an den wesentlichsten Voraussetzungen der fictio postliminii mangelte. Denn unmöglich konnte man eigentlich hier von einem postliminium sprechen, wo eine Rückkehr des Kindes *post* limina nicht vorlag, da das Kind ja in keinem Momente vorher intra limina sich befunden hatte. Dennoch findet sich von Ulpian eine Entscheidung, welche dem Vater ganz allgemein die Patria Potestas zuspricht, gleichviel ob die Conception des Kindes in civitate oder erst bei den Feinden erfolgt war. Die Stelle ist

fr. 6. §. 1. 2. Dig. de injusto rupto et irrito testam. XXVIII. 3. Sed si pater ejus, qui mortis avi tempore in utero fuit, apud hostes erat, nepos iste, patre in eadem causa decedente, post mortem avi succedendo testamentum rumpet, quia suprascripta persona ei non

---

1) Gaj. I. §. 129. — §. 5. Inst. quibus modis jus patr. potest. solvitur. I. 12.

obstat. Nec enim creditur in rebus humanis fuisse, quum in ea causa decedat, quamquam captivus reversus patris sui injustum faceret testamentum, in eo praeteritus. Sive autem in civitate nepos fuit conceptus, sive apud hostes, quoniam datur et partui postliminium, succedendo testamentum rumpit.

Ulpian behandelt hier folgenden Fall. Ein Großvater stirbt mit Hinterlassung eines Filiusfamilias und einer Schwiegertochter, welche mit einem Enkel vom Sohne schwanger geht. Der Filiusfamilias befindet sich beim Tode des Großvaters bei den Feinden: in dem Testamente, welches der letztere hinterläßt, ist weder der Filiusfamilias, noch der zu erwartende nepos posthumus berücksichtigt. Die Frage entsteht, in wie weit der nepos posthumus hier im Stande ist, das großväterliche Testament zu rumpiren? Es sind hier zwei Fälle denkbar. Entweder der Filiusfamilias kehrt aus der feindlichen Gefangenschaft zurück: hier wird das Testament ungültig, aber nicht aus dem Rechte des Enkels, sondern aus dem Rechte des präterirten Filiusfamilias; es ist ein testamentum injustum, nicht ruptum. Stirbt dagegen der Filiusfamilias bei den Feinden, oder kehrt überhaupt aus sonst einem Grunde nicht zurück, so wird auch das Testament ungültig und zwar jetzt aus dem Agnasciren des Enkels, der nun die Rechte des suus heres beanspruchen kann, da sein Vater, weil er nach der lex Cornelia schon vom Augenblicke der Gefangenschaft an als ausgefallen gilt, ihm nicht mehr im Wege steht. Dies setzt voraus, daß das Band der väterlichen Gewalt zwischen Großvater und Enkel hier als bestehend angesehen wird. Ulpian fügt aber ausdrücklich in §. 2. bei, daß seine Entscheidung sich nicht ändere, ob nun der Enkel apud hostes, oder in civitate concipirt war, wiewohl der beigefügte Grund, quoniam datur et partui postliminium, immerhin den ersten Fall nicht genau treffen würde.

So sehr aber auch Ulpian hier seine Meinung anscheinend als eine völlig unbezweifelte mitzutheilen schien, so geht

doch aus anderen Stellen genugsam hervor, daß andere Juristen das Anomale dieses Falles wohl fühlten und vielleicht auch eine andere Meinung deshalb verfolgten. Ulpian selbst erwähnt an einer anderen Stelle, wo er eben diesen Fall behandelt, eines Zweifels, der darüber geherrscht habe, und beruft sich auf ein Rescript von Severus und Antoninus an Ovinius Tertullus, den Präses des unteren Mysiens, durch welches dieser Zweifel beseitigt worden sei[1]). Wohl von demselben Rescript spricht auch Marcianus in fr. 25. Dig. h. t.[2]), das Rescript selbst aber ist als l. 1. Cod. h. t. (VIII. 51.) in den Justinianeischen Codex gekommen:

Impp. Severus et Antoninus AA. Ovinio. Ex duobus captivis Sarmatia nata patris originem ita secuta videtur, si ambo parentes in civitatem nostram rediissent. Quamquam enim jure proprio postliminium habere non possit, quae capta non est, tamen parentum restitutio reddet patri filiam. Qui quum ab hostibus interfectus sit, matris duntaxat conditionem, quae secum filiam duxit, videtur necessario secuta. Nam fictio legis Corneliae, quae legitimos apud hostes defuncto constituit heredes, ad eam, quae illic suscepta est, non pertinet, quum eo tempore, quo captus est, diem suum obiisse existimetur.

Die Constitution erkennt an, daß eigentlich eine Rückkehr jure postliminii bei einem in feindlicher Gefangenschaft Geborenen und eine Unterstellung desselben unter die väterliche Gewalt gegen die Grundsätze des strengen Rechtes sei. Sie läßt aber dennoch allgemein den so Geborenen so in die Civität eintreten, als wenn er schon vor der Gefangennehmung seiner Eltern geboren gewesen wäre; die Frage aber, ob das Kind

1) fr. 9. Dig. h. t.

2) Vgl. auch fr. 1. §. 1. Dig. de suis et leg. hered. XXXVIII. 16. fr. 1. §. 2. Dig. ad SC. Tert. et Orph. XXXVIII. 17.

auch als Hauskind des Vaters zu betrachten sei, bestimmt sie danach, ob **beide** Eltern oder die **Mutter allein**, nach dem Tode des Vaters bei den Feinden, erfolgte. Im ersten Falle erhält der Vater allerdings die väterliche Gewalt, und dies wird nach dem Geiste der Constitution auch wohl dann angenommen werden müssen, wenn der Vater allein mit dem Kinde zurückkehrte; im andern Falle folgt das Kind blos der Mutter und gilt als partus spurius. Nach dem Grunde, der für das letztere angeführt wird, muß man jedoch annehmen, daß dies nur dann eintreten soll, wenn das Kind zugleich erst **nach** der feindlichen Gefangennehmung concipirt worden war. Als Grund führt nämlich die Constitution die lex Cornelia an, welche fingirt, daß der in feindlicher Gefangenschaft Verstorbene bereits in dem Momente verstorben sei, in welchem er in die feindliche Gewalt gerieth, und ihm die zu Erben setzt, welche nach den sonstigen Grundsätzen mit Bezug auf diese fingirte Todeszeit zur Erbschaft berechtigt sind. Mit dieser Fiction ist es allerdings unverträglich, daß man dem die Rechte eines filius familias beilegte, dessen Conception erst nach der fingirten Todeszeit des Vaters erfolgte; umgekehrt wäre man aber in den Fehler der Inconsequenz gefallen, wenn man einem, der bereits vor der fingirten Todeszeit, das ist der Gefangenschaft, in utero war, nachdem man doch einmal die Anwendbarkeit des Postliminium hier anerkannt hatte, nicht die Rechte eines nachgeborenen Filiusfamilias hätte zu Theil werden lassen wollen. Die Worte unserer Constitution weisen in der That darauf auch bestimmt genug hin, indem den anscheinend allgemeiner lautenden Worten des Anfangs gegenüber am Schlusse die Worte ad eam, quae illic suscepta est, andeuten, daß eben nur dieser Fall überhaupt gemeint sei.

Vergleicht man übrigens diese Bestimmungen der Constitution mit der oben angegebenen Entscheidung **Ulpians** in fr. 6. §. 2. cit., so muß noch **ein** Fall angenommen werden, wo das in feindlicher Gefangenschaft geborene Kind die Rechte

eines Hauskindes mit der Rückkehr erhält, trotzdem daß es erst in der feindlichen Gefangenschaft concipirt war und der Vater nicht mit zu den Römern zurückkam: der Fall nämlich, wenn der Vater selbst noch bei der Gefangennehmung Filiusfamilias gewesen war. Auch wenn das Kind mit seiner Mutter allein zurückkehrt, so folgt es doch nicht dieser, sondern erhält die Rechte des Enkels oder Urenkels in der Familie des Großvaters resp. Urgroßvaters.

Gar nicht berührt ist auch der Fall, wenn das Kind allein ohne Vater und Mutter zurückkehrte, wie denn die Absicht des ganzen Rescriptes nur auf die Entscheidung eines speciellen Falles ging, bei welcher die Kaiser nur eine, bis dahin noch zweifelhaft gewesene Meinung anerkannten. War das Kind nicht bereits vor der Gefangennehmung concipirt und kein Parens daheim vorhanden, so mußte es als spurius gelten, sonst erhielt es die Rechte eines Filiusfamilias gegenüber dem Vater oder Großvater.

Im Allgemeinen kann daher dies als Resultat dieser Untersuchung über das Postliminium bei einem erst in feindlicher Gefangenschaft Geborenen gelten: Wenn das Kind, sobald nur seine Eltern nicht in feindliche Gefangenschaft gekommen wären, die Stellung und Rechte eines Hauskindes erhalten hätte, so erhält es dieselben auch mit der erfolgten Rückkehr. Dies erleidet nur dann eine Ausnahme, wenn die Conception des Kindes erst bei den Feinden erfolgt war und der, welcher die Patria Potestas *in civitate* erhalten hätte, selbst bei den Feinden verstarb. Hier folgt das Kind bei seiner Rückkehr dem Stande der Mutter[1]).

---

1) Das Kind gilt hier als vulgo quaesitus. Das Recht wurde erst durch eine Leonische Verordnung (Nov. 36.) abgeändert. Danach soll das Kind in jedem Falle die Rechte eines Descendenten von Vaters und Mutter Seite haben.

Alles aber zusammengefaßt, was über den Einfluß des Postliminium auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt vorkommt, bestätigt sich das, was gleich am Anfang gesagt worden ist, daß man trotz der durch die feindliche Gefangennehmung eingetretenen Störung im Ganzen dieselbe als unbehindert fortbestehend fingirte. Eine merkwürdige Anwendung hiervon macht noch Paulus in fr. 13. Dig. h. t. [1]). Ein Paterfamilias hatte sich einem Andern in Arrogation begeben, wodurch natürlich zugleich sein Kind in die Gewalt des avus arrogator gelangte. Das Kind befand sich zur Zeit der Arrogation in feindlicher Gefangenschaft; noch ehe es zurückkehrte, ließ sich der Vater wieder emancipiren. Mit der Rückkehr fällt das Kind nicht in die Gewalt des Vaters, sondern des Großvaters. Die erfolgte Arrogation des Vaters hatte es darein gebracht; denn trotzdem, daß es sich in feindlicher Gefangenschaft befand, übte der Vater die vollen Rechte des Paterfamilias über dasselbe aus. Die nachfolgende Emancipation brachte nun den Vater wieder aus der Familie heraus: das Kind gehörte aber nach der Disposition des Vaters als Enkel in die Familie des avus arrogator.

Etwas anders, als bei der väterlichen Gewalt, gestalten sich die Wirkungen des Postliminium bei dem ehelichen Verhältniß. Der Unterschied zwischen beiden wird sogar mehrfach in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben, wie dies besonders in folgenden zwei Stellen geschieht:

fr. 8. Dig. h. t. (Paulus libro III ad legem Juliam et Papiam). Non ut a patre filius, ita uxor a marito jure

---

1) Si me tibi arrogandum dedissem, emancipatio me reversum ab hostibus filium meum loco nepotis tibi futurum constat. — Den Worten nach könnte man auch an den Fall denken, wo die Gefangennehmung des Enkels nach erfolgter Arrogation des Vaters erfolgt war. Bei der Unbezweifeltheit dieses letzteren Falles ist es jedoch wahrscheinlicher, an den im Texte angegebenen zu denken, für welchen auch das Wort „futurum" zu sprechen scheint.

postliminii recuperari potest, sed tunc, quum et voluerit mulier, et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est; quodsi noluerit, nulla causa probabili interveniente, poenis discidii tenebitur [1]).

fr. 14. §. 1. Dig. h. t. (Pomponius libro III. ad Sabinum). Non ut pater filium, ita uxorem maritus jure postliminii recipit, sed consensu redintegratur matrimonium [2]).

Aus diesen Stellen geht sowohl hervor, daß man nicht, wie bei der väterlichen Gewalt, den bloßen Act der Rückkehr zur Wiedererlangung der in der Patria Potestas liegenden Rechte für genügend hielt, sondern auch, daß man für die Zeit während der Gefangenschaft etwas Anderes annahm. Außer der Rückkehr von den Feinden wurde zum Wiederbeginn der Ehe ein neuer Consens der Ehegatten verlangt; dies selbst aber beweist, daß man während der Gefangenschaft des einen Ehegatten die Ehe nicht als fortbestehend, sondern seit der Zeit der Gefangennehmung als aufgelöst ansah. Beides wird auch durch andere Stellen noch bestätigt.

In fr. 56. Dig. soluto matrim. erwähnt Paulus der Stipulation, welche auf Rückgabe der Dos bei Auflösung der Ehe geht. Unter den dafür gebrauchten Worten: si quo casu Titia tibi nupta esse desierit, dotem dabis? gilt aber nach der ausdrücklichen Erklärung des Paulus auch der Fall mit begriffen, wenn die Titia von den Feinden gefangen werden sollte [3]). Noch bestimmter wird die Aufhebung der Ehe durch die Gefangennehmung des einen Ehegatten von Tryphoninus bezeugt:

fr. 12. §. 4. Dig. h. t. Sed captivi uxor, tametsi ma-

---

1) Basilic. Lib. XXXIV. Tit. I. 5.

2) Basilic. Lib. cit. Tit. I. 10.

3) Die Stelle beweist insbesondere auch, daß es keinen Unterschied machte, ob der männliche oder der weibliche Theil in die feindliche Gefangenschaft gerathen war.

xime velit, et in domo ejus sit, non tamen in *matrimonio* est.

Aus der letzteren Stelle geht insbesondere hervor, daß die Römischen Juristen die Fortdauer der Ehe hier selbst bei dem fortdauernden Willen der Ehegatten als eine civilistische Unmöglichkeit ansahen. Man hielt sich hiernach strenger an den Satz, daß mit Sclaven eine Ehe eigentlich nicht abgeschlossen werden könne [1]), und berücksichtigte weniger, daß diese Stellung für den Gefangenen nach dem jus postliminii nur eine vorübergehende und mehr scheinbare, als wirkliche sein konnte. Der Grund hierzu lag offenbar darin, daß das eheliche Verhältniß namentlich in der späteren Zeit als ein durchaus freies angesehen wurde, welches schon der bloße Dissens des einen Ehegatten aufzulösen vermochte [2]). Auch wäre die Fortdauer der Ehe nach einem Ereigniß, welches nothwendig die factische Trennung der Ehegatten auf unbestimmte Zeit hin als unbedingte Folge mit sich führte, mit dem Wesen der Ehe selbst unverträglich gewesen [3]).

Auffallend bleibt es aber, warum in allen diesen Stellen — denn auch bei dem letzten fr. 12. ist dies der Fall — die Aufhebung der Ehe durch die feindliche Gefangennehmung des einen Theils gerade im Gegensatz zur väterlichen Gewalt angeführt wird, da doch im Uebrigen beide Verhältnisse mit einander in keiner weiteren Analogie stehen. Der ganz ungewöhnliche Ausdruck: in matrimonio est, gibt hier einen Schlüssel, indem er offenbar auf eine in den Stellen enthaltene Interpolation

---

1) Ulpian. fragm. Tit. V. §. 4. pr. Inst. de nuptiis. I. 14. — Man vergl. noch fr. 1. Dig. de divortiis XXIV. 2.

2) l. 2. Cod. de inutilibus stipulatt. VIII. 39.

3) Dies meint wohl auch Retes (Meermann Thes. VI. p. 295.), wenn er die Auflösung der Ehe durch die Gefangennehmung des Ehegatten auf den, bei dem Besitz geltenden Satz zurückzuführen sucht: facti autem caussae infectae nulla constitutione fieri possunt (Tryphonin. fr. 12. §. 2. Dig. h. t. Papinianus fr. 19. Dig. ex quibus caus. maj.). Daß aber die Ehe eine reine causa facti gewesen sei, kann doch nicht zugegeben werden.

hinweist. Diese von den Compilatoren vorgenommene Veränderung des ursprünglichen Textes bestand aber sicherlich in nichts Anderem, als daß die Stellen ursprünglich von dem der väterlichen Gewalt analogen Verhältnisse der Manus gehandelt hatten, wodurch dann die Zusammenstellung mit der Patria Potestas völlig erklärlich wird. Das in matrimonio est wurde dann für das eigentlich vorhanden gewesene in *manu* est eingesetzt und zu dem Worte uxor ist dann ebenso in den Stellen überall ein in manu hinzuzudenken. Nimmt man aber dies an, so ist doch noch keineswegs, wie Retes[1]) annimmt, damit als ausgemacht anzunehmen, daß wirklich ein Unterschied zwischen der manus und patria potestas in dieser Beziehung bestanden habe. Die große Uebereinstimmung zwischen dem Rechte der Patria Potestas und der Manus, wonach die uxor in manu als filiae loco gilt, der Umstand, daß beide echt civilistische Verhältnisse sind, auf welche besonders das Postliminium berechnet war, machen dies jedenfalls unwahrscheinlich. Die Grundverschiedenheit, welche zwischen beiden Gewalten allerdings anzunehmen ist[2]), berechtigt nicht

---

1) A. a. D. pag. 296.

2) Viele wollen dieselbe freilich ganz ableugnen. Daß jedoch in vielen Beziehungen ein Unterschied zwischen manus und patria potestas Statt fand, kann nach vielen Stellen der Institutionen des Gajus gar nicht bezweifelt werden. Der Unterschied ist aber darauf zurückzuführen, daß die patria potestas — wie die dominica potestas über Sclaven — ein Gewaltverhältniß war, bei welchem der Inhaber nicht blos ein Recht über die vermögensrechtliche, sondern auch leibliche Persönlichkeit des Hauskindes resp. Sclaven erhielt, während die manus die Ehefrau dem Eheherrn nur hinsichtlich der vermögensrechtlichen Stellung unterwirft. Die uxor in manu ist alieno juri subjecta, aber nicht in potestate; sie ist filiae loco nur so weit, daß sie hinsichtlich der Vermögensrechte dieselbe Stellung, wie eine Haustochter in der Familie des Eheherrn einnimmt. Dasselbe Verhältniß findet zwischen dem liberum caput in mancipio und dem Sclaven Statt. Das mancipium gibt eine Herrschaft über den verkauften Haussohn nur quoad jus, nicht quoad corpus. Man vergl. Meine Comment. de manu juris Romani antiquioris. Hal. 1847. 8. p. 17—26.

dazu, in dieser Beziehung eine Divergenz beider Rechte zu vermuthen. Was hindert uns aber auch, wenn einmal ein Emblem nachgewiesen ist, nicht ebenso anzunehmen, daß auch die Negation der angeführten Stellen einer Interpolation der Compilatoren ihren Ursprung verdankt? Das Verhältniß dieser Interpolationen zu dem ursprünglichen Texte der Stellen muß dann so gedacht werden. Die Stellen enthielten, indem sie den Entscheidungen über die Patria Potestas die Frage über den Einfluß des Postliminium auf die Manus anfügten, den Satz, daß hier ebenso der Eheherr die Manus über die Frau wieder erhalte, wie als wenn er nie aus der Civität herausgetreten wäre. Diese Wiedererlangung der Rechte der Manus war an sich ganz unabhängig von dem Wiedereintritt des ehelichen Verhältnisses, da eine Manus auch ohne Ehe bestehen kann; für die Ehe aber mag schon früher der Grundsatz anerkannt gewesen sein, daß dieselbe durch die Gefangennehmung eines Ehegatten aufgehoben wurde. Weil aber die Manus für die Justinianeische Zeit weggefallen war, so setzten die Compilatoren, was von der Ehe gegolten hatte, in diese Stellen hinein, denen sie freilich nun eine negative Fassung statt der früherhin positiven geben mußten.

In einigen Fällen wurde jedoch, abgesehen von dem Rechte der Manus, das Eherecht der Gatten unter einander jure postliminii auch nach erfolgter Gefangennehmung als fortbestehend anerkannt, so daß es dann eines erneuerten consensus nuptialis nach erfolgter Rückkehr nicht bedurfte. Dahin gehörte vorerst der Fall, wenn nicht ein Theil allein, sondern beide Theile zugleich gefangen genommen worden waren und auch bei den Feinden die geschlechtliche Verbindung fortgesetzt hatten. Wenn für die Fortdauer der Ehe jure postliminii für diesen Fall auch kein ausdrückliches Zeugniß der Quellen angeführt werden kann, so folgt dies doch mittelbar aus der oben mitgetheilten Entscheidung, daß ein bei den Feinden suscipirter Sohn jure postliminii nach der Rückkehr in

die Gewalt des Vaters fallen soll: eine Entscheidung, die völlig unerklärlich wäre, wenn nicht hier mit erfolgter Rückkehr die Ehe rückwärts als ununterbrochen angesehen worden wäre. Einen andern Fall enthält

fr. 45. §. 6. Dig. de ritu nuptiarum XXIII. 2. (Ulpianus libro III. ad legem Juliam et Papiam). Si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor, ne possit ista connubium habere nubendo, quemadmodum haberet, si mortuus esset. Et qui Juliani sententiam probant, dicerent, non habituram connubium; putat enim Julianus, durare ejus libertae matrimonium etiam in captivitate propter patroni reverentiam. Certe si in aliam servitutem patronus sit deductus, procul dubio dissolutum est matrimonium.

Die Stelle gibt die Meinung Ulpians über den behandelten Fall mit einer merkwürdigen Vorsicht und Zurückhaltung. Die Lex Julia hatte der Liberta, welche mit dem Patron verheirathet war, die Befugniß einseitiger Scheidung genommen, indem sie anordnete: invito patrono libertam, quae ei nupta est, alii nubere non posse [1]). Wenn nun als invitus im Allgemeinen Jeder galt, der nicht direct in die Scheidung consentirt hatte [2]), bei einer Gefangennehmung des Patrons dies aber um so weniger als gewiß angenommen werden konnte, als in der fictio postliminii die Hoffnung für den Patron lag, wieder in seine früheren Rechte einzutreten und demgemäß seinen Dissens geltend zu machen, so trug Julian mit Recht Bedenken, der Liberta die Befugniß zur Eingehung einer neuen Ehe, während es sich noch nicht mit dem Postliminium des Patrones entschieden hatte, zuzugestehen, und entschied sich vielmehr dafür, daß hier propter patroni reverentiam die Ehe noch als fortbestehend anzusehen sei. Ulpian

1) fr. 45. pr. Dig. cit.

2) §. 5. fr. 1.

schließt sich dieser Meinung Julians an. Aus der zögernden Weise, mit welcher er diesen Anschluß erklärt, ergibt sich, daß man diesen Fall immer als einen sehr singulären gegenüber der allgemeinen Regel betrachtete.

Selbst aber abgesehen von diesem Verhältniß einer mit ihrem Patron verheiratheten Liberta, war es auch sonst den durch Captivitas des einen Theiles von einander getrennten Ehegatten wenigstens nicht gestattet, sogleich und ohne alle Rücksicht zu einer zweiten Ehe zu schreiten. Schon in der oben angeführten Stelle des Paulus (fr. 8. Dig. h. t.) wird eines constitutum tempus erwähnt, welches die Frau bis zu ihrer Wiederverheirathung eigentlich abwarten müsse, so wie, daß sie, falls sie ohne hinreichenden Grund (nulla causa probabili interveniente) ihren Consens zur Wiederaufnahme der Ehe verweigere, den Strafen der einseitigen Scheidung unterliege. Ueber dies constitutum tempus und die dabei zur Anwendung kommenden Grundsätze gibt aber das Nähere Julian in folgender Stelle an:

fr. 6. Dig. de divortiis XXIV. 2. Uxores eorum, qui in hostium potestatem pervenerunt, possunt videri nuptarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec certum est, maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum, migrare ad aliud matrimonium, nisi malint ipsae mulieres causam repudii praestare. Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur, vel morte praeventus sit, tunc, si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias, ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum jus habeat imminutum; eodem jure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando.

Aus den Anfangsworten der Stelle scheint sich zu ergeben, daß in der That einzelne Juristen der Meinung waren, die Ehe dauere auch bei der Gefangenschaft des einen Theils noch fort. Julian verwahrt sich jedoch gegen diese Ansicht als eine, welche nur scheinbar deshalb vertheidigt werden könne, weil der zurückgebliebene Theil nicht sogleich zu einer neuen Ehe schreiten darf. Die Befugniß, ohne Nachtheil zu einer zweiten Ehe schreiten zu können, richtete sich nach zwei Möglichkeiten. Entweder es war für den zurückgebliebenen Theil gewiß, daß der Gefangene noch lebte, oder es war dies ungewiß; bei der dritten Möglichkeit, daß der Tod des Gefangenen gewiß war, konnte ein Zweifel über die Aufhebung der Ehe natürlich gar nicht gedacht werden. War aber das Leben des Gefangenen gewiß, so kann der zurückgebliebene Ehegatte in keiner Weise zu einer zweiten Ehe schreiten, ohne sich den Strafen des repudium auszusetzen. Ist dagegen das Leben des Gefangenen ungewiß, so ist dem Zurückgebliebenen eine Frist von fünf Jahren gesetzt, welche von Zeit der Gefangenschaft an berechnet wird; vor Ablauf dieser Frist findet für ihn das nämliche Verhältniß Statt, wie als wenn es gewiß wäre, daß der Gefangene noch lebte; nach dem Ablauf derselben ist das Schreiten zur zweiten Ehe so erlaubt, als wäre die erste Ehe bona gratia aufgelöst worden.

Schon Cujacius hat bemerkt, daß die Bestimmungen, welche hier Julian in den Mund gelegt werden, fast wörtlich übereinstimmen mit dem, was Nov. 22. Cap. 7.[1]) über diesen Punkt festsetzt. Er glaubt deshalb, daß die Worte des fr. 6. als ein Emblem Tribonians zu betrachten seien, was von demselben mit Rücksicht auf diese Constitution Justinians eingeschoben worden sei[2]). Die Novelle selbst ist aber erst aus

1) Basilic. Lib. XXVIII. Tit. VII. 4.

2) Vergl. auch Anton. Faber, Jurispr. XI. 8. 8. Retes, l. l. p. 297.

dem Jahre 536 [1]). Man müßte daher annehmen, daß Tribonian hier mit Rücksicht auf ein erst zu erlassendes Gesetz geändert habe. In fr. 8. Dig. h. t. erwähnt aber Paulus einer bereits festgesetzten Zeit (constitutum tempus), und die Worte der Novelle selbst geben keinen Anlaß dazu, daß man glauben müßte, die Bestimmung sei als eine völlig neue erst von Justinian eingeführt worden [2]). Die scheinbar gräcisirende Sprache, welche Retes [3]) in den Worten finden will, braucht nicht gerade auf ein Emblem bezogen zu werden. —

Es bleibt noch übrig, die Wirkungen des jus postliminii bei dem Rechte der Vormundschaft zu zeigen. Es sind auch hier, wie bei der väterlichen Gewalt, zwei Fälle besonders zu unterscheiden, je nachdem nämlich der Pupill oder der Vormund in feindliche Gefangenschaft gerathen war. Mochte nun das eine oder das andere eingetreten sein, so entscheiden die Quellen zunächst in ganz allgemeiner Weise und in völlig decidirten Worten, daß die Tutel mit dem Augenblicke der Gefangennehmung durch die Feinde als beendigt anzusehen sei:

fr. 14. §. 1. Dig. de tutelis XXVI. 1. Item si in servitutem pupillus redigatur, *utique* finitur tutela. §. 2. Aliis quoque modis desinunt esse tutores, si forte quis ab hostibus fuerit captus, vel pupillus vel tutor [4]).

Ebenso gewiß ist aber nach anderen Stellen, daß der Tutor, wenn er wieder jure postliminii zurückkehrte, wie in die anderen Rechtsverhältnisse, so auch in das Recht der Vormundschaft wieder eintrat [5]), und dasselbe hiernach unzweifelhaft für

1) Puchta, Curs. der Instit. Bd. I. S. 687.

2) Nov. cit. sub fin. — „nam et hoc inter dissolutiones a majoribus nostris numeratum est" —.

3) l. l.

4) §. 1. Inst. quib. mod. tut. fin. I. 22.

5) §. 2. Inst. de Atil. tutore I. 20. — nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii. — Papinian. fr. 8. Dig. de tut. et rat. distrah. XXVII. 3. — quamvis jure postliminii tutelam pristinam possit redintegrare.

den Fall, wenn der Pupill wieder von den Feinden zurückkam. Man könnte hiernach glauben, daß die Grundsätze der Anwendung des jus postliminii bezüglich der Tutel völlig dieselben gewesen seien, wie bei der väterlichen Gewalt. Allein ein näheres Eingehen auf die einzelnen Anwendungen, welche für das Verhältniß der Zwischenzeit, von der Gefangennehmung an bis zur Rückkehr, in den Quellen vorkommen, führt doch auf eine charakteristische Verschiedenheit in beiden Verhältnissen.

Es ist oben gezeigt worden, daß man bei der väterlichen Gewalt nach erfolgter Gefangennehmung und bis zum Eintritte des Postliminium nicht sowohl eine Aufhebung der väterlichen Gewalt, sondern ein in suspenso retinere, eine einstweilige Fortdauer derselben bis zu dem Augenblicke, wo es sich mit der Rückkehr oder Nichtrückkehr entschieden haben würde, annahm. Die Tutel dagegen gilt einstweilen als aufgehoben und dem früheren Tutor wird nur die Möglichkeit reservirt, später wieder Tutor werden zu können. Dies zeigt sich besonders darin, daß die Wirkungen, welche mit Aufhebung der Tutel verbunden sind und nur mit ihr eintreten können, nicht, wie bei der väterlichen Gewalt, aufgeschoben werden, sondern sogleich eintreten.

Zum Beweise hiefür können namentlich zwei den Edictscommentaren Ulpians entnommene Stellen dienen:

fr. 7. §. 1. fr. 8. Dig. de tut. et rationibus distrah. act. XXVII. 3. Si tutor in hostium potestatem pervenerit, *quia finita tutela intelligitur*, fidejussores, qui pro eo rem salvam fore spoponderint, et si quis exsistat defensor ejus, qui paratus est suscipere judicium tutelae, vel si quis sit curator bonis ejus constitutus, recte convenientur, (quamvis jure postliminii tutelam pristinam possit redintegrare) [1]).

1) Die eingeschlossenen Worte sind aus Papinians Lib. XXVIII. Quaest. beigefügt.

fr. 2. §. 5. Dig. rem pupilli vel adol. salvam fore XLVI. 6. Si tutor ab hostibus captus sit, an committatur stipulatio? videamus. Movet, *quia finita tutela est*, licet recuperari speretur. Et puto posse agi.

Nach §. 2. der letzteren Stelle tritt die Stipulation rem pupilli salvam fore erst in Kraft, wenn die Tutel beendigt ist. Bürgen, welche dafür bestellt worden sind, können erst von da an wirksam belangt werden. Nun ist zwar zuzugeben, daß eine den Tutor überkommende capitis deminutio magna die Tutel dem strengen Rechte nach ebenso aufheben müßte, wie die Capitisdeminution des Paterfamilias die väterliche Gewalt. Wenn aber bei der letzteren die im jus postliminii liegende Fiction gerade zur Annahme der einstweiligen Fortdauer des früheren Verhältnisses führte, so hätte man glauben sollen, daß auch rücksichtlich der Tutel, so lange es noch unentschieden war, ob nicht durch die Rückkehr des Gefangenen das Verhältniß wie in der vorigen Weise wieder hergestellt werden würde, der wirkliche Eintritt der mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen hinausgeschoben worden wäre. Daß man aber bei der Tutel anderen Grundsätzen folgte, beweisen die eben angeführten Entscheidungen in Betreff der Satisdation rem pupilli salvam fore. Der Gegensatz, welcher besonders deutlich hervortritt, wenn man hierneben die oben Seite 76. angeführte Entscheidung über die Anwendung des Senatuscons. Macedonianum daneben hält, läßt sich kurz so bezeichnen, daß bei der väterlichen Gewalt dem Postliminium des Paterfamilias eine bedingungsweise suspendirende Kraft hinsichtlich der Auflösung, bei der Tutel dagegen eine bedingend resolvirende Kraft hinsichtlich der mit der Gefangennehmung des Tutor eingetretenen Befreiung von derselben beigelegt wurde.

Indessen hat die Rücksicht auf die Möglichkeit einer Recuperation der Tutel durch die Rückkehr des Tutor von den Feinden wenigstens die Wirkung, daß die Delation der Tutel

bei legitimen Tutoren nicht an den folgenden Grad devolvirt. Waren freilich mehrere Tutoren z. B. Compatronen vorhanden, und nur einer von ihnen in feindliche Gefangenschaft gerathen, so wurde er so angesehen, als ob der gefangene Contutor durch den Tod hinweggefallen wäre, und in der Zwischenzeit die zurückgebliebenen anderen als alleinige Tutoren betrachtet (interim soli compatroni tutores sunt) [1]). War aber der jetzt gefangene Tutor der einzige gewesen, so wurde in früherer Zeit nach der lex Atilia, resp. lex Julia et Titia ein Tutor bestellt, der natürlich die Tutelargeschäfte wieder niederlegen mußte, wenn der frühere Tutor aus der Gefangenschaft zurückkehrte [2]); in der späteren Zeit aber wurde für diesen Fall ein Tutor vom Prätor gegeben [3]).

Auffallend ist es aber, daß in einer Stelle Ulpians von den Ueberläufern gesagt wird, daß diese auch während ihres Aufenthaltes bei den Feinden Tutoren bleiben, wenn auch, wie bei denen, die durch wirkliche Gefangennehmung in die Gewalt der Feinde kamen, einstweilen ein anderer als Vormund substituirt werden soll. Die Stelle ist:

> fr. 15. Dig. de tutelis XXVI. 1. Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi legatus, aut etiam receptus ab eis, ant transfugerit, quia servus non efficitur, tutor manet, sed interim a Praesidibus alius tutor dabitur.

Daß der Gesandte, der sich im Auftrage des Staates und gedeckt durch seine völkerrechtliche Unverletzlichkeit bei den Feinden befindet, durch diesen Aufenthalt das Recht, Vormund zu sein, nicht verliert, ist zwar vollkommen erklärlich, obwohl es schon auffällig sein müßte, wenn Ulpian zur Rechtfertigung dieses Satzes sich auf den trivialen Grund berufen hätte, daß

---

1) fr. 3. §. 4. Dig. de legitim. tutor. XXVI. 4.
2) §. 2. Inst. de Atiliano tutore I. 20.
3) fr. 1. §. 2. Dig. de legit. tut.

ein solcher Gesandter nicht Sclav werde. Daß aber neben dem Gesandten auch der ab hostibus receptus und der Ueberläufer mit gleichem Rechte genannt werden, hat deshalb mannigfachen Anstoß gegeben, weil, auch zugegeben, daß beide nicht Sclaven der Feinde werden, doch bei beiden wenigstens eine capitis deminutio media eintritt [1]), andere Stellen aber entschieden darthun, daß diese nicht minder, als eine capitis dem. maxima das Recht zur Führung einer Tutel aufhebt [2]). Die Versuche, diesen offenbaren Widerspruch zu heben, sind sehr verschieden ausgefallen. Man hat sich bald bemüht, auf dem Wege der Kritik durch Umänderung oder Ausscheidung einzelner Worte zu helfen, bald innere Gründe ausfindig zu machen, welche diese Ausnahme rechtfertigen könnten [3]).

Auf dem ersten Wege ist Donellus vorgegangen, indem er die Worte aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit in einen Satz zusammenzieht und das zweite aut aus einer Verwechselung mit haud entstanden erklärt, so daß eigentlich aut etiam receptus ab eis haud transfugerit zu lesen wäre [4]). Allein diese angebliche Emendation verändert die Stelle in einer so barbarischen Weise, daß sie unmöglich als wahrscheinlich gelten kann, abgesehen davon, daß auch der Sinn dadurch keineswegs ein wesentlich besserer wird. Dasselbe ist auch von der Aenderung zu sagen, welche Retes [5])

---

1) fr. 5. §. 1. Dig. de cap. minut. IV. 5. Qui deficiunt, capite minuuntur, (deficere autem dicuntur, qui ab his, quorum sub imperio sunt, desistunt, et in hostium numerum se conferunt). fr. 14. Dig. ex quib. caus. maj. IV. 6. fr. 19. §. 7. 8. Dig. h. t. (XLIX. 15.)

2) §. 4. Inst. quibus mod. tut. finit. I. 22. Sed et capitis deminutione, per quam libertas *vel civitas* amittitur, omnis tutela perit.

3) Siehe im Allgem. Schulting et Smallenburg, notae ad Pandect. Tom. IV. p. 392. Glück, Commentar, Bd. XXXI. S. 133. Not. 20. Rudorff, das Recht der Vormundschaft, Bd. III. S. 235. 236.

4) Hugo Donell. Commentar. jur. civ. III. 14. §. 10.

5) de Retes Comment. ad Tit. de Interdict. et Relegat. (Otton. Thesaur. Tom. V. p. 1207.)

vorschlägt. Nach ihm wäre nicht das zweite, sondern vielmehr das erste aut fälschlich für haud gesetzt, und danach eigentlich haud etiam receptus ab eis aut fugerit zu lesen. In einfacherer Weise haben sich Noodt[1]) und Wissenbach[2]) dadurch zu helfen gesucht, daß sie das aut transfugerit geradezu als einen späteren Zusatz erklärten und ganz entfernten, der Erstere, indem er freilich auch noch außerdem das quasi legatus in quasi lege und das aut etiam receptus, wie Retes, in haud etiam receptus verwandelt. In noch anderer Weise haben Antonius[3]) und Cannegieter[4]), beide jedoch ebenfalls nicht glücklicher, Emendationen vorgeschlagen.

Auf dem zweiten Wege ist besonders von Cujacius[5]) die Erklärung der Stelle versucht worden. Derselbe ist der Meinung, daß nicht in jedem Falle durch Verlust der Civität und die damit verbundene capitis deminutio die Tutel aufgehoben werde, sondern vielmehr ein Unterschied zwischen denen zu machen sei, welche zugleich einem fremden Staate als Bürger sich anschlössen oder nicht. Bei denen, welche blos die civitas Romana verlören und von da an als ἀπόλιδες betrachtet würden, müsse freilich auch das Recht zur Führung der Vormundschaft verloren gehen, und deshalb werde es auch dem deportatus abgesprochen. Weil es aber erlaubt sei, auch einen Bürger anderer Staaten als tutor zu ernennen, so müsse auch für den Fall, wo der capite deminutus zugleich

---

1) Ger. Noodt, Comment. ad Digest. Lib. XXVI. Tit. V.

2) Wissenbach, Exercitatt. ad Pand. P. I. Disp. 50. th. 5.

3) Nicol. Anton. de Exilio, sive de Exilii poena Lib. I. c. 8. (Meerm. Thesaur. Tom. III. p. 28.) Seiner Ansicht nach wäre statt aut transfugerit zu lesen ut transfugerit, das dann so viel als quasi transfugerit heißen sollte. Man müßte danach an ein blos verstelltes, zum Schein geschehenes Ueberlaufen denken.

4) Jo. Cannegieter ad Dom. Ulpian. fragm. Tit. X. 4. Er verändert die Worte aut etiam — transfugerit in: *antequam* receptus ab eis *alio* transfugerit.

5) Observatt. Lib. IV. c. 9.

in einen andern Staat übertrat, etwas Anderes gelten und deshalb die Tutel auch dem transfuga erhalten bleiben. Dieser Erklärung steht jedoch entschieden der Ausspruch der Institutionen[1]) entgegen, wonach jede Capitisdeminution, welche mit Verlust der Civität verbunden war, die Tutel beendigt. Außerdem ist es aber auch eine vollkommen unerwiesene Behauptung, daß man durch Testament einen der Civität Unfähigen zum Tutor habe ernennen können; denn die Stelle, auf welche Cujacius sich hierbei beruft[2]), spricht lediglich davon, daß auch ein municeps testamentarisch als Tutor bestellt werden dürfe, und dies sogar mit der ausdrücklichen Zufügung: dummodo municipi detur. Hat deshalb auch die Erklärung des Cujacius weniger Beifall sich zu erwerben gewußt, so gilt dies dagegen in um so höherm Grade von der Erklärung des Lycklama[3]), der sich besonders neuerdings auch Glück[4]) und Rudorff[5]) angeschlossen haben. Lycklama geht davon aus, daß der transfuga durch seine Flucht an sich noch keineswegs die capitis deminutio media erleide. Diese sei vielmehr nur die Folge einer Verurtheilung, wodurch der Ueberläufer für einen Feind des Vaterlandes erklärt und die Confiscation seiner Güter ausgesprochen werde. Bis zu seiner Verurtheilung bleibe er daher auch vollständig in den Rechten eines civis Romanus, demnach auch tutor, und es könne ihm deshalb auch nur einstweilen als einem Abwesenden ein Interimsvormund an die Seite gestellt werden[6]).

Auch dieser Erklärung stehen jedoch so wesentliche Einwendungen entgegen, daß ich mich nicht davon überzeugt hal-

---

1) §. 4. Inst. quibus mod. tutela finit. I. 22.

2) fr. 10. Dig. de tut. XXVI. 1. Etiam municeps tutor dari potest, dummodo municipi detur.

3) Lycklama a Nyholt, Membran. Lib. VII. Eclog. 35. §. 1.

4) a. a. O.

5) a. a. O.

6) fr. 4. §. 15. fr. 5. §. 8. Dig. de re militari XLIX. 16.

ten kann, es werde durch dieselbe wirklich der wahre Sinn der Stelle wiedergegeben. Lycklama stützt seine ganze Erklärung darauf, daß der transfuga erst in dem Augenblicke die capitis deminutio erleide, in welchem über seine Treulosigkeit die Untersuchung beendet und der Spruch gefällt worden sei, der ihn zum Verlust der Civität verdamme; und Rudorff zieht sogar eine Stelle, das fr. 19. §. 6. Dig. h. t. an, in welcher bestimmt ausgesprochen sei, daß der bloße Uebergang zu den Feinden die Civität nicht aufhebe. Daß die letztere Stelle auf die vorliegende Frage keinen Bezug hat, indem die in ihr enthaltene Entscheidung lediglich aus dem verschiedenen Rechte der liberi und servi transfugae zu erklären ist, wird eine Vergleichung mit der oben Seite 52. gegebenen Erklärung derselben leicht darthun; dagegen gibt es aber sehr viele Stellen, welche bestimmt beweisen, daß die transfugae die Civität verlieren und ihnen insbesondere auch nicht einmal das jus postliminii zur Seite steht[1]). In keiner dieser Stellen wird aber auch der Eintritt der capitis deminutio media für denjenigen, der sich so freiwillig den Feinden anschließt, an eine Untersuchung hierüber gebunden, noch weniger gesagt, daß erst mit dem darüber gesprochenen Urtheile der transfuga die Rechte des civis Romanus verliere. Im Gegentheil steht hiermit in entschiedenem Widerspruche die Regel, daß es jedem Römer vollkommen frei stand, seine Civitas in jedem Augenblicke aufzugeben und in einem anderen Staate Bürger zu werden[2]). Aber auch abgesehen von diesen positiven Zeugnissen muß die Meinung des Lycklama im höchsten Grade unwahrscheinlich genannt werden, wenn man sich die Lage und den Gang der angeblichen Untersuchung selbst vergegenwärtigt. Eine solche konnte doch wohl überhaupt nur dann angestellt werden, wenn es gewiß war, daß ein Römer sich bei den Feinden befand.

---

1) Siehe die S. 97. Not. 1. angeführten Stellen.
2) Cic. pro Cornelio Balbo, c. 11. 12.

Zur Ehre der Römer konnte man doch, so lange nicht das Gegentheil feststand, nur annehmen, daß er als Gefangener und nicht freiwillig zu denselben gekommen sei. Daß bei einfachen Gefangenen die Tutel — und zwar sogleich von der Gefangennehmung an — als aufgehoben betrachtet wurde, ist gewiß: und für den Fall, si transfugerit, — was man doch vor der Untersuchung gar nicht wissen konnte — hätte man dies nicht annehmen, sondern nur einen Interimstutor zulassen sollen!

Die ganze Schwierigkeit der Stelle beseitigt sich aber sehr einfach, wenn man die Worte aut etiam receptus ab eis aut transfugerit nicht als Angabe neuer Kategorieen ansieht, sondern in unmittelbare Verbindung mit dem Vorigen si quis missus ad eos quasi legatus setzt. Ulpian denkt hiernach gar nicht an die gewöhnlichen Ueberläufer, der Fall, den er im Auge hatte, war vielmehr folgender: Wenn Jemand als Gesandter zu den Feinden geschickt und von diesen unrechtmäßiger Weise zurückgehalten worden sei oder sich auch selbst ihnen als transfuga angeschlossen habe, so werde dieser nicht dem Rechte des captus unterworfen, sondern bleibe in seinen früheren Verhältnissen und deshalb auch in dem Rechte zur Führung der Tutel. Der Gesandte vertritt das ganze Volk, seine geheiligte Stellung läßt es nicht zu, daß sein Recht durch Angriffe der Feinde, nicht einmal daß dasselbe durch seinen eigenen Willen verändert werde. Geschähe ihm demnach eine Gewalt oder ginge er freiwillig zu den Feinden über, so kann er doch nie dadurch zu einem servus hostium werden. Er bleibt deshalb auch tutor, und nur, gleich einem reipublicae causa absens, wird ihm ein Interimstutor ernannt. Legt man die Worte in dieser Weise aus, so fällt nicht blos jede Irregularität und Inconsequenz hinweg, sondern es verschwindet auch namentlich die Trivialität, der man sonst Ulpian bezüchtigen müßte, wenn er nöthig gehalten hätte zu bemerken, daß ein als legatus zu den Feinden Abgesandter nicht als captus ab hostibus zu

betrachten sei [1]). Grammatisch steht aber dieser Erklärung nicht das Mindeste entgegen.

II.

Dieselben Störungen, welche eine feindliche Gefangennehmung in den persönlichen und Familienrechtsverhältnissen eines Römers hervorbrachten, mußten sich nothwendiger Weise auch bei den Vermögensrechten desselben wiederholen. Die Capitisdeminution, welche der gefangene Römer erlitt, beraubte ihn der Fähigkeit, noch länger Herr seines Vermögens zu sein; einem Sclaven der Feinde gegenüber konnte eigentlich weder von einer Anerkennung eines Eigenthums noch von Forderungs- oder Schuldverhältnissen die Rede sein. Aber das jus postliminii übernahm auch hier die Ausgleichung zwischen den strengen Consequenzen des starren Rechtsprincipes und den Forderungen einer natürlichen Billigkeit.

Es liegt in der Natur der Vermögensverhältnisse, daß schon die Entfernung, welche unmittelbar mit der feindlichen Gefangennehmung verbunden sein mußte, dem Bestande seines daheim zurückgelassenen Vermögens mancherlei Nachtheil bringen konnte. Bei einer noch so ausgedehnten Anwendung des jus postliminii hätte nicht durch dasselbe vermieden werden können, daß durch Verschleuderung, Unredlichkeiten, Mangel an Aufsicht und Bewahrung den Vermögensstücken Schaden erwuchs. Das Recht gewährte auch hier eine Aushülfe, die freilich in sofern immer auch auf das jus postliminii zurückzuführen ist, als sie ohne die durch das Postliminium gegebene Hoffnung einer Restitution nicht hätte eintreten können.

Diese Aushülfe bestand in der einstweiligen Bestellung eines curator bonorum, welcher die Vermögensverwaltung des Gefangenen so lange zu führen hatte, bis es sich mit der Rück-

---

1) In ähnlicher Weise hat schon Bachovius, ad Treutler. Vol. II. P. I. Disp. 8. Thes. 7. die Stelle zu erklären versucht.

kehr desselben entschied [1]). Der Kriegsgefangene wurde dem reipublicae causa absens gleichgestellt; dem Curator wurden dieselben Pflichten auferlegt, wie einem curator bonorum absentis. Die Bestellung des Curator erfolgte, gewöhnlich auf Antrag der nächsten Verwandten [2]), durch den Prätor oder Präses Provinciä. Der Curator hatte dafür in die Hand eines servus publicus genügende Caution zu leisten [3]).

Gegen Curatoren dieser Art konnten dann von den Gläubigern des jetzt Kriegsgefangenen, wie gegen ihn selbst, Klagen gerichtet werden. Selbst bis zu einer missio in bona konnte es zu ihren Gunsten kommen, nur die bonorum venditio wurde versagt, für diese war die Rückkehr des Gefangenen abzuwarten [4]). Umgekehrt konnten auch sie mit Klagen gegen die Schuldner auftreten. So wenig dies auch mit dem augenblicklichen Sklavenstande des Kriegsgefangenen harmonirte, so hatte doch schon das alte Recht zur Zeit der Legisactionen gerade darin die Curatoren privilegirt. Schon zu dieser Zeit war es

---

1) l. 3. Cod. de postliminio reversis VIII. 51. Quum cognatos tuos nondum postliminio regressos affirmes, sed adhuc in rebus esse humanis, et bona eorum fraudibus diversae partis dissipari, interpellatus rector provinciae providebit eum sub observatione constituere, qui stipulante servo publico satis idonee dederit. Vgl. fr. 15. pr. Dig. ex quibus caus. maj. IV. 6. fr. 6. §. 2. Dig. quib. ex caus. in poss. eat. XLII. 4. fr. 22. §. 1. 39. §. 1. Dig. de reb. auct. jud. poss. XLII. 5. fr. 1. §. 4. Dig. de muneribus L. 4.

2) Nach dem SC. Tertullianum lag es der Mutter ob, für den gefangenen filius impubes einen Curator zu erbitten, wenn sie nicht des Erbrechtes ex SC. Tert. verlustig gehen wollte. fr. 2. §. 30. Dig. de SC. Tertull. XXXVIII. 17.

3) l. 3. Cod. de postliminio rev. VIII. 51. Rudorff, das Recht der Vormundschaft, Bd. I. S. 147.

4) fr. 6. §. 2. Dig. XLII. 4. Sed et si quis ab hostibus captus sit, creditores ejus in possessionem mittendi sunt, ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur. — fr. 39. §. 1. Dig. XLII. 5. Ejus, qui ab hostibus captus est, bona venire non possunt, quamdiu revertatur.

nach einer lex Hostilia[1]) den Stellvertretern von Kriegsgefangenen und reipublicae causa absentes nachgelassen, im Falle eines furtum gegen den Dieb mit der furti actio aufzutreten. Dasselbe wurde für die Vertreter derer gestattet, welche sich in der Tutel eines captivus befinden würden[2]). Mit dem Wegfall des Legisactionenprozesses mußte die Gestaltung der Anstellung von Klagen eine allgemeine werden.

Schon in der Niedersetzung dieser Curatel mit diesen Rechten liegt aber das Anerkenntniß, daß man auch die fictio postliminii in der Weise verstand, daß nicht erst mit der Rückkehr eine Wiedererlangung der einstweilen verloren gewesenen Rechte eintreten ließ, sondern vielmehr umgekehrt ihr einstweiliges unverändertes Fortbestehen bis zur Entscheidung der Bedingung der Rückkehr annahm. Doch gab es auch hiervon, wie im Personenrechte, Ausnahmen.

Zu diesen Ausnahmen gehört zunächst gleich das Recht des Besitzes. Die Fiction des Postliminium ließ den Kriegsgefangenen zwar rechtlich als nicht aus der Civität herausgegangen ansehen, sie konnte aber nicht so weit wirken, daß sie auch die Unterbrechung eines rein faktischen Verhältnisses ohne Weiteres nicht geschehen machte. Tryphoninus kleidet dies in fr. 12. §. 2. Dig. h. t. in den allgemeinen Satz: facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt ein,

---

1) pr. Inst. de his, per quos agere poss. IV. 10. Schrader ad h. l. Den Autor dieses Gesetzes zu bestimmen, würde, da desselben an dieser einzigen Stelle Erwähnung geschieht, ein vergebliches Bemühen sein. Völlig zu verwerfen ist aber die Aenderung lege hostili für lege Hostilia. Die Singularität der Bestimmung setzt offenbar ein eigenes Gesetz voraus.

2) pr. Inst. cit. — eorum nomine qui apud hostes essent, aut reipublicae causa abessent, qui quaeve in eorum cujus tutela essent —. Die letztere Hinzufügung macht es mir unzweifelhaft, daß man auch bei der Erklärung der vorher angeführten Ausnahme (pro tutela) nicht an den künstlichen Fall des Theophilus, sondern einfach an die Vertretung des Pupillen oder einer Frau durch ihren Vormund zu denken hat. Schrader, ad h. l.

und daraus ergibt sich einmal, daß der Besitz mit der Gefangennehmung aufhörte, und andererseits, daß es nach der Rückkehr, um sich in die Rechte eines Besitzers wieder einzusetzen, einer neuen Besitzesergreifung bedurfte, welcher dann auch nicht als Fortsetzung des alten, sondern nur als ein völlig neuer Besitz gelten konnte.

Die praktische Wichtigkeit dieser Sätze mußte sich besonders bei der Frage über Vollendung einer angefangenen Usucapion zeigen. Wenn die Gefangennehmung, indem sie den bisherigen Besitzer aus der faktischen Verbindung mit der besessenen Sache setzte, den Besitz selbst aufhören machte, so wurde auch dadurch die Usucapion auf diesen Besitz hin zu einer Unmöglichkeit, welche selbst durch die jure postliminii erfolgte Rückkehr nicht wieder gehoben wurde. Diese Entscheidung gibt auch Papinian in fr. 19. Dig. ex quibus caus. maj. IV. 6., indem er in den Gründen den Satz des Tryphonin in gleicher Weise anzieht [1]). Ein Zweifel bestand aber unter den Römischen Juristen selbst für den Fall, wenn der Besitz der zu usucapirenden Sache nicht von dem Usucapienten in Person, sondern von einer ihm durch väterliche Gewalt unterworfene Person oder einen Sclaven erworben und ausgeübt worden war [2]). Ulpius Marcellus glaubte, daß die Un-

1) Denique si emtor prius, quam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet, interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non consistit, possessio autem plurimum facti habet, *causa vero facti non continetur postliminio*. Vgl. Ulpian. fr. 23. §. 1. 2. Dig. IV. 6. Labeo fr. 29. Dig. h. t.

2) fr. 12. §. 2. Dig. h. t. Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt; ideo eorum, quae usucapiebat per semet ipsum possidens, qui postea captus est, interrumpitur usucapio, quia certum est, eum possidere desiisse; eorum vero, quae per subjectas juri suo personas possidebat usuque capiebat, vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur, Julianus scribit, credi suo tempore impleri usucapionem, remanentibus iisdem personis in possessione. Marcellus: nihil interesse, ipse possedisset an subjecta ei persona. Sed Juliani sententia sequenda est.

terbrechung des Besitzes hier ebenso eintreten müsse, als wenn der Gefangene selbst besessen habe. Julianus entschied dagegen, daß hier trotz der Gefangenschaft des Vaters oder Herrn die Usucapion durch den Sohn oder Sclaven vollendet werden könne und daher mit erfolgter Rückkehr das Eigenthum an den inzwischen usucapirten Sachen dem Parens oder Dominus zustehe. Die Ansicht des Marcellus war vielleicht die Ansicht der Proculejanischen Schule; Labeo wenigstens stellte in seinen Pithana einen Satz auf, der in seiner Allgemeinheit ebendahin führen mußte [1]). Die Meinung Julians, welche ihren Grund darin fand, daß die Gewalt über Sclaven und Haussöhne als fortbestehend angesehen wurde, wurde jedoch späterhin die allgemein gebilligte [2]).

Wenn der Usucapions-Besitz durch den Sclaven oder Haussohn noch vor der Gefangennehmung erworben worden war, so machte es auch keinen Unterschied, ob derselbe vom Sohne resp. Sclaven peculiari nomine, oder unmittelbar für den Parens resp. Herrn ausgeübt wurde. Ein Anderes galt jedoch, wenn der Besitz erst nach bereits eingetretener Gefangenschaft des Gewalthabers angefangen hatte. Diesen Fall behandelt Papinian in fr. 44. §. 7. Dig. de usurpatt. XLI. 3. in folgender Weise:

Si, quum apud hostes dominus aut pater agat, servus aut filius emat, an et tenere incipiat? Si quidem *ex*

---

1) fr. 29. Dig. h. t. Labeo libr. VI. Pithanῶn. Si postliminio redisti, nihil, dum in hostium potestate fuisti, usucapere potuisti.

2) Ulpian. fr. 23. §. 3. Dig. ex quib. caus. maj. IV. 6. fr. 15. pr. de usurpatt. XLI. 3. fr. 12. §. 2. fr. 22. §. 3. fr. 29. Dig. h. t. de Retes, c. XI. (Meermann. p. 299.). Savigny, Recht des Besitzes, S. 359. Not. 1. Freilich konnte die vollendete Usucapion auch wieder rescindirt werden, indem den dadurch Verletzten eine restitutio in integrum gewährt wird, falls die Usucapion nur dadurch möglich wurde, daß der Gefangene selbst als indefensus nicht belangt werden konnte. fr. 23. §. 3. cit. vgl. mit §. 5. Inst. de actionibus IV. 6. Savigny, System, Bd. VII. S. 185. Not. p.

causa peculii possedit, *usucapionem inchoari*, nec impedimento domini captivitatem esse, cujus scientia non esset in civitate necessaria; *si vero non ex causa peculii comparetur, usu non capi*, nec jure postliminii quaesitum intelligi, quum prius esset, ut, quod usucaptum diceretur, possessum foret; sin autem pater ibi decesserit, quia tempora captivitatis ex die, quo capitur, morti jungerentur, potest filium dici et possedisse sibi et usucepisse intelligi.

Von der Stelle gehört nur der Anfang hierher, da das Ende den Fall betrifft, wenn der Gefangene nicht zurückkehrt und deshalb die lex Cornelia zur Anwendung kommt. Was dagegen den Fall angeht, wenn der Vater oder Herr jure postlimnii zurückkehrte, während unterdessen der Haussohn oder Sclave einen Besitzeserwerb gemacht hatte, so unterscheidet Papinian bestimmt nach den zwei Voraussetzungen, ob der Erwerb ex causa peculii erfolgt war oder nicht. Im ersteren Falle wird die gleiche Entscheidung gegeben, welche dann eintrat, wenn der Besitzeserwerb bereits vor der Gefangennehmung erfolgt war. Im letzteren Falle konnte die persona subjecta weder während der Gefangenschaft des Gewalthabers die Usucapion vollenden, noch derselbe selbst, nachdem die Rückkehr jure postliminii erfolgt war; vielmehr bedurfte es dazu einer neuen Besitzesergreifung, von welcher an dann erst sich die Usucapion datirte. Der Grund dieser Unterscheidung ist in der Eigenthümlichkeit des Peculiarerwerbes zu suchen; bei ihm kommt es auf die Wissenschaft des Herrn oder Vaters nicht weiter an, während in den anderen Fällen des Besitzerwerbes durch personae subjectae die ignorantia des Gewalthabers den Besitz, insbesondere den Usucapionsbesitz ausschließt [1]). Diesen Grund hebt, deutlicher noch, als dies von Papinian in den Worten cum — possessum foret

1) fr. 1. §. 5. fr. 3. §. 12. fr. 4. Dig. de acquir. possess. XLI. 2.

geschieht, auch Paulus gegen Labeo in ähnlicher Entscheidung hervor [1]).

Verhältnißmäßig weit seltener, als die Entscheidungen über die Besitzesverhältnisse, sind in den Quellen die Stellen, welche von dem Einflusse des Postliminium auf die dinglichen Rechte, Eigenthum, Servituten, Pfandrechte handeln. Eines näheren Eingehens bedurfte es hier nicht, weil es sich von selbst verstand, daß die fictio postliminii auf diese Rechte recht eigentlich anzuwenden war, die Anwendung der allgemeinen Principien auf die einzelnen Fragen selbst aber hierbei sich sehr einfach stellte.

Was daher hierüber in den Quellen vorkommt, ist zum größten Theil in den allgemeinen Definitionen des jus postliminii und denjenigen Fragmenten enthalten, welche den allgemeinen Inhalt dieses Rechtssatzes angeben. Es sind besonders die dinglichen Rechte, an welche man, neben den Rechten des status, bei den Worten pristina jura recipere, jura restituentur, zu denken hat, wenn dieselben zur Bezeichnung des Wesens des jus postliminii gebraucht werden [2]). Um so mehr muß nun aber auch deshalb bei diesen Rechten der Gedanke als der maßgebende festgehalten werden, wonach die Bedeutung des jus postliminii nicht sowohl zu einem Wieder-

---

1) fr. 29. Dig. h. t., in der Anmerk. zu dem oben Not. 1. S. 106. erwähnten Ausspruche Labeo's. Die ganze Stelle lautet: Si postliminio redisti, nihil, dum in hostium potestate fuisti, usucapere potuisti. Paulus: Immo si quid servus tuus peculii nomine, dum in eo statu esses, possederit, id eo quoque tempore usucapere poteris, quoniam eas res etiam inscientes usucapere solemus, et eo modo etiam hereditas nondum nato posthumo, aut nondum adita, angeri per servum hereditarium solet. Das possederit ist hierbei nicht als Perfektum des Wortes possidēre, besitzen; sondern als Perfektum des Wortes possīdĕre, Besitz ergreifen, in Besitz nehmen, zu denken. Vgl. über diesen, nicht genug beachteten Unterschied beider Worte Forcellini, Lexicon s. v. possīdo. Böcking, Institutionen, Bd. I. S. 526. Not. 25.

2) fr. 5. §. 1. fr. 19. pr. Dig. h. t.

erlangen durch die Gefangennehmung verloren gegangener Rechte, als vielmehr in dem Wegfall der Ungewißheit lag, welche über die Rechtsverhältnisse des captivus wegen der Frage, ob er wieder aus der Gefangenschaft zurückkehren werde oder nicht, entstanden war.

Bezeichnend in dieser Beziehung ist eine Stelle des Pomponius, namentlich wegen der Parallele mit einem anderen Rechtsverhältnisse, welche darin vorkommt:

fr. 43. pr. Dig. ad legem Aquiliam IX. 2. Ob id, quod ante, quem hereditatem adires, damnum admissum in res hereditarias est, legis Aquiliae actionem habes, quod post mortem ejus, cui heres sit, acciderit. Dominum enim lex Aquilia appellat non utique eum, qui tunc fuerit, quum damnum daretur: nam isto modo ne ab eo quidem, cui heres quis erit, transire ad eum actio poterit, *neque ob id, quod tum commissum fuerit, quum in hostium potestate esses, agere postliminio reversus poteris.*

Die Stelle spricht zunächst von der Anwendbarkeit des actio legis Aquiliae auch für diejenigen Fälle einer widerrechtlichen Beschädigung, welche gegen eine hereditas jacens von dritten Personen verübt worden sind. Pomponius spricht dem Erben aus dem Erbschaftsantritt unbedingt das Recht zu, aus solchen Beschädigungen die actio legis Aquiliae zu erheben. In den Worten dominum enim etc. wird aber sodann der Widerspruch widerlegt, welchen man in dieser Entscheidung gegenüber dem Grundsatz finden könnte, daß eigentlich nur der Dominus der beschädigten Sache zur Erhebung der actio legis Aquiliae berechtigt war. Denn eigentlich hatte dem Erben damals, als die Beschädigung den Erbschaftssachen zugefügt worden war, noch gar kein dingliches Recht an demselben gehabt, das er vielmehr erst mit dem Augenblicke der Erbschaftsantretung daran erhielt. Der Jurist rechtfertigt diesen scheinbaren Widerspruch mit der Bemerkung, daß auch in anderen Fällen Jemand diese Klage erheben könne, der eigentlich zur

Zeit der verübten Beschädigung nicht dominus gewesen sei; und als erläuternde Beispiele hierzu wird einmal der Fall des Uebergangs der Klage von dem unmittelbar Beschädigten auf den Erben durch Erbgang, dann der Fall genannt, wenn der Herr in die Gewalt der Feinde gerathen war und bei seiner nach jus postliminii erfolgten Rückkehr wegen eines Schadens klagt, der seinen Sachen während der Gefangenschaft von dritten Personen hinzugefügt worden ist. Es ist zuzugeben, daß in allen der drei hier zusammengestellten Fällen Jemand die Klage erhebt, welcher eigentlich zur Zeit der geschehenen Beschädigung als Dominus der Sache nicht betrachtet werden konnte; allein ebensowenig wird man sagen können, daß das Klagrecht der hier genannten Personen sich von einem fremden Rechte herleite. Indem in der hereditas jacens die Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers Statt findet, mit dem Antritte der Erbschaft aber diese Persönlichkeit auf den heres selbst übergeht, ist es doch derselbe dominus, welcher durch das begangene Unrecht die actio legis Aquiliae erwarb und dieselben jetzt in seiner Repräsentation durch den Erben erheben läßt. Und nicht anders ist auch das Verhältniß bei den Gütern eines in feindlicher Gefangenschaft Befindlichen zu denken, wie denn auch von Römischen Juristen selbst öfters Gefangenschaft und Tod als zwei correlate Begriffe neben einander gestellt werden [1]). Mit der Gefangenschaft verschwindet die körperliche Persönlichkeit des Bürgers, die juristische Persönlichkeit lebt in seinen Gütern fort, wie die Person des verstorbenen Erblassers in der hereditas jacens. Der durch die Gefangenschaft zum Sclaven Gewordene kann zwar eben deshalb während der

---

1) Außer der in der fictio legis Corneliae liegenden Gleichstellung beider (s. unten). Vergl. man z. B. Ulpian. fr. 209. Dig. de verb. signif. Servitutem mortalitati fere comparamus. Idem fr. 32. §. 6. Dig. de donatt. i. v. et ux. XXIV. 1. — „quamvis morti servitus comparetur u. a. Idem fr. 59. §. 2. Dig. de condition. et demonstrat. XXXV. 1. — „servitus morti assimilatur."

Gefangenschaft nicht als eigentlicher dominus, herus angesehen werden, so wenig der Verstorbene noch über die Güter der hereditas jacens Herr ist, die vielmehr selbst als domina gilt [1]); aber wie die Persönlichkeit des Verstorbenen in dem antretenden Erben wieder einen Träger erhält, so wird auch in der nämlichen Weise der zurückkehrende Gefangene durch das Postliminium wieder zum Inhaber der juristischen Persönlichkeit gemacht, welche während des Verweilens bei den Feinden auf die zurückgebliebenen Güter selbst gewissermaßen zurückgedrängt gewesen war.

Was hieraus in Bezug auf das Eigenthum zu folgern war, muß natürlich ganz in demselben Maße auch von den übrigen dinglichen Rechten gelten, also namentlich von dem Pfandrecht und den dinglichen Servituten. Zweifeln könnte man vielleicht in Bezug auf die persönlichen Servituten des Usus und Ususfructus, weil bekanntlich jede den Usuarius oder Usufructuarius betreffende Capitisdeminution, wie der Tod diese Rechte verloren machte. Da jedoch der Zweck des jus postliminii gerade dahin ging, dem Zurückkehrenden alle Rechte so wiederzugeben, als ob er nie aus dem Zustand der Freiheit herausgetreten wäre, und die Gründe, welche sonst für Erlöschung dieser Rechte durch capitis deminutio sprechen, hier gar nicht Platz griffen, so wird es keinem Bedenken unterliegen, wenn man auch bei diesen Rechten eine Erhaltung, resp. Restitution derselben annimmt [2]). Während

1) fr. 31. §. 1. D. de hered. instit. XXVIII. 5.

2) In fr. 26. Dig. quib. mod. ususfructus amitt. VII. 4. behandelt Paulus den Fall wenn ein Ususfructus dadurch zerstört worden ist, daß die Sache, an welcher er haftete, in Feindesgewalt gekommen war, und verheißt, falls die Sachen wieder jure postliminii in die Gewalt der Römer zurückkämen, Restitution desselben. De Retes beruft sich auf diese Stelle als ein allgemeines Zeugniß dafür, daß der Ususfructus jure postliminii wieder auflebe, obschon man begreiflich von dem, was hier von Objecten gesagt ist, nicht ohne

der Gefangenschaft freilich konnte die Erwerbung eines Usus oder Ususfructus für den Gefangenen aus begreiflichen Gründen nicht Statt finden. Die Erwerbung blieb hier so lange ausgesetzt, bis die Rückkehr des Gefangenen jure postliminii entschieden war, weil erst mit diesem Augenblicke die Gewißheit über eine gehörig geeigenschaftete Person hervortrat.

In Bezug auf das Recht der Obligationen wiederholt sich das Nämliche, was eben von den dinglichen Rechten bemerkt ist, daß die Rechtsquellen über die Wirkung des postliminium auf dieselben nur wenig Entscheidungen bringen. Es stand hier offenbar ebenso fest, daß der postliminio zurückkehrende Römer die ihm früher zuständig gewesenen persönlichen Rechte in vollem Umfange wieder erlangte, wie er auch in die früheren persönlichen Verpflichtungen in dem nämlichen Maße wieder eintrat. Zweifel mochte auch hier nur insofern obwalten, in wie weit während der Zeit der Gefangenschaft für und gegen den Gefangenen persönliche Rechte und Verbindlichkeiten begründet werden könnten, und hierüber finden sich allerdings auch in den Digesten einige Stellen aufgenommen.

Die Frage konnte überall nur da erhoben werden, wo auch wider eigenen Willen Jemandes Obligationsverhältnisse begründet werden können. Dies ist aber außer den Deliktsobligationen z. B. der Fall bei der unaufgetragenen Geschäftsführung für den dominus negotiorum gegenüber dem negotiorum gestor, sowie bei dem Erwerb, welcher durch hausuntertänige Personen (Filiifamilias und Sclaven) gemacht wird. In wie weit der Anspruch aus einer negotiorum gestio auch dann erhoben werden könne, wenn der dominus negotiorum sich in feindlicher Gefangenschaft befindet, darüber entscheiden folgende drei, aus Paulus und Ulpian entnommene Stellen:

Weiteres auf das Recht hinsichtlich der Subjecte einen Rückschluß zu machen berechtigt sein wird.

fr. 19. §. 5. Dig. de negotiis gestis III. 5. Dum apud hostes esset Titius, negotia ejus administravi; postea reversus est. Negotiorum gestorum mihi actio competit, etiamsi eo tempore, quo gerebantur, dominum non habuerunt.

fr. 20. Dig. eod. Sin autem apud hostes constitutus decessit, et successori, et adversus successorem ejus negotiorum gestorum directa et contraria competit.

fr. 21. Dig. eod. Nam et Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigesimo nono Digestorum: quum a Lusitanis tres capti essent, et unus ea conditione missus, ut pecuniam pro tribus afferret, et nisi rediisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti noluisset, et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent, aequum esse, Praetorem in eum reddere judicium.

Die erste Stelle enthält in den letzten Worten etiamsi — dominum non habuerunt den Zweifelsgrund, der überhaupt diese Frage zu einer streitigen machen konnte. Eine actio negotiorum gestorum ist für einen Geschäftsführer nur da möglich, wo das Geschäft von ihm als negotium alienum geführt wurde [1]). Dies setzt aber voraus, nicht blos, daß er die bestimmte Absicht hatte, für einen Andern das Geschäft zu führen, sondern daß auch in der That ein Anderer als dominus vorhanden war, welchem die Geschäfte eigentlich angehörig waren. Diese Erfordernisse müssen aber auch in dem Augenblicke vorhanden sein, in welchem die Geschäftsführung übernommen wurde; denn dieser Moment entscheidet über die Begründung des Quasicontractes und damit über die Existenz und den Umfang der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten [2]).

1) Chambon, die negot. gestio S. 7.

2) Vgl. besonders fr. 25. Dig. de neg. gest. III. 5. — Chambon, a. a. O. S. 136. 137.

In der That konnte aber bei einem Geschäfte, welches für einen feindlichen Gefangenen geführt wurde, die Existenz eines fremden dominus nicht angenommen werden, ja eigentlich nicht einmal die natürliche Verbindlichkeit Platz greifen, welche wohl gegen römische Sclaven begründet wurde [1]), da dem feindlichen Volke gegenüber die Herrschaft des Rechtes sich nicht über die Grenzen der wirklichen, faktischen Macht erstreckte. Nur also mit Rücksicht auf die bei der Rückkehr jure postliminii, und, wie fragm. 20 zeigt, auch im Falle des Todes auf die nach der lex Cornelia eintretende Fiction erklärt es sich, wenn dennoch dem negotiorum gestor gegen den Zurückkehrenden, resp. die Erben des bei den Feinden Verstorbenen ein Anspruch gestattet wurde.

Merkwürdig ist aber, daß die actio negotiorum gestorum auch den jure postliminii Zurückkehrenden aus solchen Geschäften gegeben wird, welche sie selbst während ihrer Gefangenschaft bei den Feinden für Andere geführt haben. Darauf ist der von Paulus in fr. 21. pr. mitgetheilte Fall zurückzuführen. Von drei bei den Lusitanern in feindlicher Gefangenschaft gehaltenen Römern wird einer entsendet, um das Lösegeld für die drei zu beschaffen, und mit der ausdrücklichen Bedingung, daß, falls er nicht zurückkehren würde, die beiden anderen für ihn das Lösegeld mitzuzahlen hätten. Der einmal der feindlichen Gefangenschaft Entflohene ist nicht wieder zurückgekehrt, und die beiden anderen haben für ihn zahlen müssen. Schon Servius gestattete in solchem Falle den Zurückgebliebenen die Regreßnahme gegen den Dritten, obwohl man nicht recht einsieht, in wiefern hier das sonstige Requisit der actio neg. gest., die utilitas negotii für den dominus negotii, vorgelegen habe [2]).

---

1) fr. 14. Dig. de obl. et act. XLIV. 7. fr. 6. §. 7. Dig. de neg. gest. — Chambon, S. 136.

2) Da in der Stelle selbst die Klage nicht genau benannt wird, so könnte man vielleicht versucht sein anzunehmen, unter dem judicium sei gar nicht die actio neg. gest. gemeint. Allein dem widerspricht

Nach dieser Entscheidung kann es aber um so weniger auffallen, wenn dem postliminio Zurückkehrenden wegen eines in seiner Abwesenheit begangenen Diebstahls die furti actio gewährt wird, obgleich die Ausdrücke, deren Ulpian sich bei Entscheidung dieser Frage bedient, doch selbst hier so sind, daß es den Anschein hat, als habe die bejahende Ansicht keineswegs immer festgestanden:

> fr. 41 pr. Dig. de furtis XLVII. 2. Si, quum quis in hostium potestate esset, furtum ei factum sit, et postliminio redierit, *poterit quis dicere*, eum furti habere actionem.

Aus welchen Gründen man gerade hier es für bedenklich gehalten, dem postliminio Zurückkehrenden die Klage zu gewähren, läßt sich aus der Stelle selbst kaum entnehmen, und es müssen diese Zweifel, zusammengehalten mit den sonstigen Entscheidungen, eigentlich um so mehr auffallen, als es hier sich um das Recht aus einem Delicte handelt. Aber es ist nicht unwahrscheinlich, daß man hierbei einen Unterschied machte zwischen den reipersecutorischen Rechtsmitteln und der Pönalklage, zwischen der condictio furtiva und der actio furti. Daß man die Klage auf Wiedererlangung des Entwendeten dem Zurückgekehrten vorenthalten habe, ist nicht wohl denkbar, nachdem man einmal den Grundsatz des postliminium angenommen hatte; mehr mochte man darüber zweifeln, ob auch die actio furti zu gestatten sei, weil sie der im furtum liegenden persönlichen Unbill eine Strafe setzt, die aber nicht wohl angenommen werden konnte, so lange der Gefangene wegen seines Sclavenstandes nur eine zweifelhafte Persönlichkeit hatte. Damit ist die in §. 3. desselben Fragm. enthaltene Entscheidung sehr wohl vereinbar, wonach umgekehrt, wenn der Dieb in feindliche Ge-

---

theils die Verbindung, in welcher die Stelle mit fr. 20. steht, theils daß nach den Worten eine Verabredung zwischen den Dreien nicht vorausgesetzt werden kann.

fangenschaft geräth, die Klage zwar augenblicklich ebenfalls verloren geht, unbezweifelt aber wieder auflebt, sobald der Dieb wieder — und zwar gleichviel ob jure postliminii oder nicht (postliminio vel quo alio jure) — in die Herrschaft der Römer wieder zurückkehrt. —

Hausunterthänige Personen (Sclaven und Filiifamilias) können dem gefangenen Herrn durch Stipulation, Acceptilation, Tradition, Legat einen Erwerb machen; nur der Erwerb einer Hereditas ist aus faktischen Gründen ausgeschlossen, weil dazu ein jussus patris dominive gehören würde, der natürlich während der Dauer der Gefangenschaft nicht gegeben werden kann[1]). Doch bleibt es natürlich während der Gefangenschaft des Vaters oder Herrn noch ungewiß, ob der Erwerb wirklich an den Vater fällt oder nicht, weil ebensowohl der Gefangene nicht zurückkehren und damit an Stelle des jus postliminii die fictio legis Corneliae zur Anwendung kommen könnte, in Folge deren dann sogar verschiedene Wirkungen eintreten müßten, je nachdem der Erwerb durch einen Haussohn oder durch einen Sclaven gemacht worden war[2]). War aber der Herr jure postliminii zurückgekehrt, so wurde noch ein Streit unter den Römischen Juristen darüber geführt, von welchem Zeitpunkte an man die Verjährung der unterdeß vom Sclaven erworbenen Klage zu datiren habe, und hierüber finden sich sogar noch zwei einander widersprechende Entscheidungen in den Pandekten vor. Die Stellen sind:

fr. 4. Dig. de divers. tempor. praescription. XLIV. 3. Javolenus libr. VII. epistolarum. Si servus hereditarius

1) fr. 11. §. 3. Dig. de acceptilatione XLVI. 4. Sed et si dominus apud hostes sit, dicendum est, jure postliminii confirmari acceptilationem; nam et stipulari ei, qui apud hostes est, servus potest. — fr. 11. Dig. de verb. oblig. XLIV. 1. Nach der Rückkehr kann der Sclav auf nun ertheilten jussus patris allerdings die während der Gefangenschaft dem Sclaven deferirte Erbschaft erwerben. arg. fr. 22. §. 2. Dig. h. t. (XLIX. 15.).

2) fr. 12. §. 1. Dig. h. t. Vgl. unten.

aut ejus, qui in hostium potestate sit, satis acceperit, continuo dies satisdationis cedere incipiet. Intueri enim debemus, an experiundi potestas fuerit adversus eum, qui obligatus est, non an is agere possit, qui rem in obligationem deduxerit: alioquin erit iniquissimum ex conditione actorum obligationes reorum extendi, per quos nihil factum erit, quo minus cum his agi possit.

fr. 25. Dig. de stipulatt. servorum. XLV. 3. Venulejus libro XII. Stipulationum Si servus hereditarius stipulatus fuerit et fidejussores acceperit posteaque adita fuerit hereditas, dubitatur, utrum ex die interpositae stipulationis tempus cedat, an ex adita hereditate; item si servus ejus, qui apud hostes sit, fidejussores acceperit. Et Cassius existimat [1]), tempus ex eo computandum, ex quo agi cum eo potuerit, id est, ex quo adeatur hereditas, aut postliminio dominus revertatur.

Beide, Javolenus wie Venulejus, haben den Fall vor Augen, wo der Sclav sich für eine Stipulation Bürgen hatte bestellen lassen. Der Grund, warum gerade dieser Fall von beiden behandelt wird, liegt offenbar darin, daß zu Javolenus, wie Venulejus Zeit die Frage eben nur bei Bürgschaften sich erheben konnte, da nur die Klagen aus der sponsio und fidepromissio nach der lex Furia de sponsu [2]), nicht aber die Klagen aus gewöhnlichen Stipulationen damals einer Verjährung unterlagen. Aus demselben Grunde hat man daher auch anzunehmen, daß das Wort fidejussores in fr. 25. erst durch die Compilatoren hereingesetzt worden ist an Stelle des ursprünglichen fidepromissores oder sponsores, was im Originale stand, da bekanntlich nur bei der sponsio und fidepromissio, nicht aber bei der fidejussio, die freilich späterhin die beiden anderen Arten der Bürgschaften verdrängte, die

1) Die Vulgata liest: existimabat.

2) Gaj. III. §. 121.

Verjährung Statt fand. In Betreff des eigentlichen Streitpunktes, ob diese Verjährung von Zeit der sponsio oder von Zeit der Rückkehr des dominus zu berechnen sei, werden offenbar zwei verschiedene Meinungen hier vorgetragen, indem Javolen für die erste, Venulejus sich für die zweite Ansicht auf die Autorität des Cassius hin entscheidet.

Man hat schon von zeiten der Glosse an versucht, diesen Widerspruch hinweg zu interpretiren, ohne daß jedoch einer dieser verschiedenen Versuche gelungen wäre. Die Glosse hält die Meinung des Venulejus für die entscheidende, und nimmt an, daß Javolen nur von einem Sclaven spreche, welcher eine prozessualische satisdatio judicio sisti erhalten habe: eine Beschränkung, für welche sich aber weder in der Natur dieser Satisdation, noch in den Worten der Stelle ein Grund auffinden läßt. Goveanus[1]), dem auch Hotomannus[2]) gefolgt ist, hält umgekehrt die Meinung Javolen's für die richtige, und glaubt, daß der anscheinende Widerspruch in dem Fragmente des Venulejus lediglich dadurch entstanden sei, daß die Worte: id est ex quo adeatur hereditas, aut postliminio dominus revertatur, von einem unverständigen Glossator beigesetzt wurden. Durch das Wegstreichen derselben wird jedoch die Antinomie nicht gehoben, da schon die vorhergehenden Worte gar nicht anders verstanden werden können, als diese Endworte nur noch näher angeben. In eigener Weise ist von Cujacius[3]) und Retes[4]) ein Vereinigungsversuch gemacht worden. Hiernach wäre das fr. 4. von einem Falle zu verstehen, in welchem der Fidejussor sich nur für eine bestimmte Zeit verpflichtete, die Zeit also zu Gunsten des Bürgen beigefügt war, damit er nicht über dieselbe hinaus belangt

1) Var. Lection. Jur. Civ. I. 31.

2) Observatt. III. 19.

3) Observatt. jur. civ. Lib. XVI. c. 38.

4) Vgl. Meermann Thesaur. a. a. O.

werden könne. Das fr. 25. dagegen spräche von einer Zeit, welche dem Berechtigten, also dem actor gewährt werde, um seine Klage geltend zu machen, und hier könne deshalb auch die Berechnung der Zeit nicht eher anfangen, als bis sich der Berechtigte wirklich im Stande befinde, die Klage anstellen zu können. Während daher im ersten Falle nothwendig die Berechnung der Zeit im Interesse des Verpflichteten gleich beginne, werde im zweiten Falle ebenso consequent entschieden, daß erst von Zeit der Rückkehr die Frist zu laufen anfange. Allein auch dieser Vereinigungsversuch hat wenig Wahrscheinliches. Abgesehen davon, daß der ganze zu Grunde gelegte Unterschied eines tempus fidejussori und tempus actori datum ein eingebildeter ist, da doch die Verjährungszeit ebenso im Interesse des Verpflichteten ist, so stimmt auch zu der Annahme, das fr. 4. spreche von einem tempus conventionale, wenig die Rubrik des Titels, welche gerade Stellen de diversis temporalibus praescriptionibus verheißt. Endlich sieht man aber auch nicht ein, warum gerade das Beispiel der Bürgschaft gewählt worden ist, da dann die Frage ebenso bei jedem anderen auf Zeit abgeschlossenen Vertrag hätte gestellt werden können.

Man muß deshalb mit Anton Faber[1]) annehmen, daß in der That hier eine Antinomie zweier Stellen vorliegt. Mit Unrecht nimmt aber dagegen Faber an, daß bei diesem Widerstreit zweier Meinungen die von Javolenus in fr. 4. cit. aufgestellte den Vorzug verdiene. Faber beruft sich hiefür zwar darauf, daß Venulejus die entgegengesetzte Meinung nur referirend als die des Cassius anführe: allein bei dem häufigen Vorkommen dieser Art von Entscheidungen durch Berufung auf eine höhere Autorität ist es eine ganz unzulässige Annahme, wenn man daraus deduciren wollte, Venulejus selbst habe nicht gleichfalls diese Meinung getheilt.

---

1) Conjectur. jur. civ. Lib. III. c. 3.

Geht man aber auf die allgemeinen Erfordernisse der Klagverjährung zurück, so muß man offenbar die Meinung des Cassius uud Venulejus für die consequentere erklären. Alle Erwerbungen, welche erst während der Gefangenschaft des Herrn für das Vermögen desselben gemacht werden, also auch Stipulationen, welche durch Sclaven geschehen, haben eine durchaus hypothetische Natur, indem es vor der Hand an einem Berechtigten fehlt, der erst jure postliminii durch die Rückkehr des Gefangenen von den Feinden erlangt wird [1]). Wenn aber überhaupt bedingte Klagrechte erst mit dem Eintritt der Bedingung der Verjährung unterliegen [2]), so muß man jedenfalls dies auch von den Rechten sagen, welche während der Gefangenschaft dem Vermögen des Gefangenen anwachsen. Dies wird auch noch in einer speciellen Entscheidung über die Verjährung der Erbschaftsklage anerkannt, welche ein suus heres bei seiner Rückkehr jure postliminii erworben hat [3]). Denn wenn auch derselbe nun rückwärts schon vom Augenblicke des Todes des Erblassers als Erbe gelten mußte, so soll doch die Verjährung erst vom Augenblicke der Rückkehr von der Gefangenschaft berechnet werden. Wunderbar mag es dabei freilich erscheinen, wie eigentlich Javolen auf eine andere Entscheidung kommen konnte. Der Grund

---

1) fr. 73. §. 1. D. de verb. obl. Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura est stipulatio, nisi adita hereditas sit, *quasi conditionem habeat.* Idem est et in servo ejus, qui apud hostes est.

2) l. 7. §. 4. Cod. de praescr. XXX ann. VII. 39.

3) l. 9. Cod. h. t. (VIII. 51.) Captum ab hostibus filium, patre mortuo medio tempore, lex Cornelia reversum, si in potestate patris tempore, quo capiebatur, fuit, suum facit heredem. Unde sive ex testamento ad te. sive ab intestato successionem patris tui pertinere apud praesidem provinciae probaveris, restitui tibi res hereditarias jubebit, si non tantum, *postquam reversus es*, tempus effluxit, quantum intentionem tuam temporis prolixitate conquiescere faciat. Merkwürdig ist übrigens hierbei die Verwechselung der lex Cornelia mit der fictio postliminii.

dieser Abweichung ist wahrscheinlich in der besonderen Natur der Sponsion zu suchen, auf welche sich, wie oben gezeigt, zunächst die ganze Entscheidung bezog, und bei welcher man, wie die ganze lex Furia de sponsu beweist, einer längeren Haftpflicht überhaupt nicht günstig war.

Uebrigens stand dem zurückgekehrten Gefangenen für alle Fälle, in denen ihm bereits erworbene Rechte durch Zeitablauf während seiner Gefangenschaft verloren gegangen waren, noch ein außerordentliches Rechtsmittel in dem Anrecht auf in integrum restitutio zur Seite [1]). Das prätorische Edict hob den Fall, si quis in hostium potestate esset [2]), ausdrücklich neben dem anderen, si quis in servitute esset, als besonderen Restitutionsgrund hervor, und versprach jedem jure postliminii Zurückkehrenden intra annum utilem Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mittelst einer actio rescissoria [3]). Die Restitution wird nicht gehindert, auch wenn das Vermögen des Gefangenen während der Dauer der Gefangenschaft unter Obhut eines Curator gestellt gewesen war [4]).

III.

Um schließlich diejenigen Beziehungen übersehen zu können, in welchen das Recht des Postliminium seinen Einfluß bei Beerbungsfällen äußerte, so wird es nothwendig sein, die Frage über die Beerbung der Gefangenen oder aus der Ge-

---

1) fr. 1. §. 1. fr. 14. fr. 15. §. 1. 2. Dig. ex quibus caus. majores IV. 6.

2) Mit diesen Worten waren nur die gemeint, welche in civitate sich in der Sclaverei befanden.

3) c. 18. Cod. h. t. (VIII. 51.). Ab hostibus captis ac postliminio reversis pro hujusmodi casu amissa, quae in eadem causa quidem durant, omnimodo directa, quae vero per usucapionem vel liberationem ex bonis subtracta, vel non utendo finita esse videntur, intra annum utilem actione rescissoria restituuntur.

4) fr. 15. §. 2. Dig. IV. 6.

fangenschaft Zurückgekehrten von der anderen Frage wohl zu trennen, in wiefern die eigenen Erbansprüche des Gefangenen anderen gegenüber durch das jus postliminii gesichert wurden.

Was die Beerbung des Gefangenen selbst anlangt, so blieb das jus postliminii ohne Bedeutung, wenn der Tod in die Zeit der Gefangenschaft selbst fiel; hier griff an seiner Statt die fictio legis Corneliae ein, von welcher unten die Rede sein wird. Starb der Gefangene aber nach der Rückkehr, so bot zunächst der Fall keine weitere Schwierigkeit dar, wenn die Beerbung ab intestato erfolgte. War jedoch eine letztwillige Disposition vorhanden, so konnte sich allerdings das Bedenken erheben, in wiefern derselben, wenn ihre Errichtung in die Zeit vor der Gefangenschaft oder gar in die Gefangenschaft selbst fiel, eine rechtliche Bedeutung beigelegt werden könne, und hier konnte allerdings das jus postliminii seine Bedeutung bewähren.

War das Testament bereits vor der Gefangenschaft errichtet gewesen, so wurde es von dem Augenblicke, in welchem der Testator in Gefangenschaft gerieth, in Folge der Veränderung des status zu einem testamentum irritum [1]) und verlor eigentlich seine Kraft. Hier trat jedoch nach der Rückkehr das jus postliminii mit aller Wirksamkeit ein und ließ das Testament in allen seinen Theilen vollständig wieder aufleben [2]). Selbst

1) fr. 6. §. 5. Dig. de injusto, rupto et irrito test. XXVIII. 3. Irritum sit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contingit, utputa si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si major XXV annis venundari se passus sit ad pretium participandum.

2) Paulus Sent. rec. III. 4a. §. 8. Qui ab hostibus captus est, testamentum quasi servus facere non potest. Sane valet testamentum id, quod ante captivitatem factum est, si revertatur, jure postliminii; aut si ibidem decedat, beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitimae tutelae hereditatesque firmantur. — Ulpian. fragm. Tit. XXIII. §. 5. Si is, qui testamentum fecit, ab hostibus captus sit, testamentum ejus valet, si quidem reversus fuerit, jure postliminii; si vero ibi decesserit, ex lege Cornelia, quae

eine scheinbar analoge Ausdehnung des Rechtes findet sich hier, wie die nachfolgende Stelle Ulpians beweist:

fr. 6. §. 51. Dig. de injusto, rupto et irrito testamento. XXVIII. 3. Quatenus tamen diximus, ab hostibus capti testamentum irritum fieri, adjiciendum est, postliminio reversi vires suas recipere jure postliminii, aut si ibi decedant, lege Cornelia confirmari. Erge et si quis damnatus capite in integrum indulgentia principis sit restitutus, testamentum ejus convalescet.

Um die Schlüssigkeit des angefügten Nachsatzes gehörig beurtheilen zu können, ist zu bemerken, daß Ulpian schon in den vorausgehenden Paragraphen des Fragmentes den captivus und capitis damnatus hinsichtlich dieser Testamente neben einander stellt. Nichtsdestoweniger muß es auffallen, auch scheinbar das Recht des postliminium auf den durch Gnade des Princeps Restituirten übertragen zu sehen. In der That würde es aber auch zu falschen Consequenzen führen, wenn man etwa glauben wollte, daß durchgängig eine analoge Ausdehnung des jus postliminii auf den restituirten capite damnatus damit habe anerkannt werden sollen. Der Unterschied bestand zwar nicht, wie Retes[1]) annehmen zu wollen scheint, in dem Mangel der rückwirkenden Kraft, welche nur der fictio postliminii, nicht auch der Restitution des capite damnatus beigelegen habe, sondern darin, daß die fictio postliminii auch während der Gefangenschaft sich thätig zeigte, während der capite damnatus während der Damnationszeit vollständig als servus poenae gilt. Dieser Unterschied zeigt sich z. B. darin, daß ein Haussohn des Gefangenen, weil er de statu suo incertus ist, während der Gefangenschaft des paterfamilias kein Testament

perinde successionem ejus confirmat, atque si in civitate decesserit. — §. 5. Inst. quibus non est perm. facere testam. II. 12. —

1) a. a. O. S. 293.

errichten kann [1]), während das Testament eines Sohnes des capite damnatus bei dem Wegfalle dieser Ungewißheit über den status an sich als gültig anzusehen ist und erst mit dem Augenblicke der Rückkehr des Vaters rescindirt wird [2]). In gleicher Weise stellt den Unterschied auch das fr. 4. §. 2. Dig. de bonis libertorum (XXXVIII. 2.) [3]) für den Fall fest, wenn es sich um die Beerbung eines Freigelassenen handelt, dessen Patron deportirt worden ist, dessen Erbschaft aber von einem Sohne des Patrons beansprucht wird. Der Patron, der als Deportirter mortui loco habetur, ist hier dem Erbschaftserwerbe des Sohnes in keiner Weise hinderlich. Ganz anders verhielte es sich, wenn nur der Patron in feindlicher Gefangenschaft sich befunden hätte; denn, wie die Stelle sich ausdrückt, propter spem postliminii obstat liberis suis, und die Antretung kann nicht erfolgen, so lange über die erwartete Rückkehr nichts entschieden ist [4]). Die Restitution des capite damnatus ist als eine Restitution ex nunc anzusehen, während die fictio postliminii eine Restitution ex tunc enthält.

Während der Gefangenschaft selbst konnte freilich der Kriegsgefangene so wenig, wie der servus poenae ein Testament errichten, und auch nach der Rückkehr konnte ein solches nicht jure postliminii zu Kräften gelangen [5]). Selbst der

---

1) Ulpian. Fragm. Tit. XX. §. 11. — fr. 14. 15. Dig. qui test. fac. possunt XXVIII. 1. —

2) l. 13. Cod. de sententiam passis et restit. IX. 51. —

3) Si deportatus patronus sit, filio ejus competit bonorum possessio in bonis liberti, nec impedimento est ei talis patronus, qui mortui loco habetur. Et dissimile est, si patronus apud hostes sit; nam propter spem postliminii obstat liberis suis.

4) Retes a. a. O.

5) fr. 1. pr. Dig. qui test. fac. poss. XXVIII. 1. Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. — Paulus rec. sent. III. 4a. §. 8. — §. 5. Inst. quibus non est perm. facere testam. II. 12. — Selbst der bloße Glaube, Gefangener zu sein, machte zur Testamentserrichtung unfähig, z. B.

sonst so privilegirte Stand der Soldaten machte hiervon keine Ausnahme [1]). Nach der Consequenz hätte man also erwarten sollen, daß auch hinsichtlich der während der Gefangenschaft errichteten Codicille das Nämliche angenommen worden wäre [2]). In der That werden uns zwei verschiedene Meinungen darüber in den Quellen referirt, welche wenigstens in Betreff derjenigen während der Kriegsgefangenschaft errichteten Codicille, die in einem vor der Gefangenschaft errichteten Testamente confirmirt waren, widersprechende Entscheidungen abgeben. Diese Stellen sind folgende:

fr. 7. pr. Dig. de jure codicillorum. XXIX. 7. Quaedam non referuntur ad confirmationem codicillorum, velut si ante captivitatem quis codicillos confirmaverit et in captivitate codicillos scribat; nam non valent. Idem est, si aliquo modo jus testamenti faciendi desierit habere.

fr. 12. §. 5. Dig. h. t. Codicilli si quos in tempore captivitatis scripserit, non creduntur jure subtili confirmati testamento, quod in civitate fecerat; sed nec fideicommissum ex his peti potest, quia non sunt ab eo facti, qui testamenti factionem habuit, sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est, in testamento confirmatio codicillorum, et is postea reversus est, et postliminio jus suum recepit, humanitatis rationi congruum est, eos codicillos ita suum effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset.

---

wenn man nur von Räubern gefangen war und sich doch für kriegsgefangen hielt, fr. 1. pr. Dig. de leg. et. fid. XXXI. 1.; obwohl der a latronibus captus an sich die volle Fähigkeit zur Testamentserrichtung nicht verliert, fr. 13. pr. §. 1. Dig. qui test. f. poss. XXVIII. 1. —

1) fr. 10. Dig. de test. milit. XXIX. 1. Facere testamentum miles in hostium potestate positus nec jure militari potest.

2) fr. 6. §. 3. Dig. de jure codic. XXIX. 7. Codicillos is demum facere potest, qui et testamenta facere potest.

Im Grunde stimmen hiernach Marcianus und Tryphoninus dahin überein, daß nach dem strengen Rechte eine Gültigkeit der während der Kriegsgefangenschaft errichteten Codicille nicht angenommen werden könne, und als völlig unbestritten scheint es auch festgestanden zu haben, daß diese Ungültigkeit jedenfalls diejenigen Codicille treffe, welche sich an keine Bestätigung in einem früher errichteten Testamente anlehnten. Nur für den Fall einer vorhergängigen Confirmation in einem Testamente, welches mit der Rückkehr jure postliminii wieder gültig wurde, weicht Tryphoninus ratione humanitatis ab und erkennt auch selbst den während der Gefangenschaft errichteten Codicillen eine rechtliche Gültigkeit zu. Den Scheingrund, ohne den man doch nicht wohl eine so bedeutende Abweichung von dem strengen Rechte wagen konnte, hat der Jurist dabei in den Worten: quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est in testamento confirmatio codicillorum etc. [1]), deutlich genug angegeben, und in der That hat derselbe, wenn man einmal von den, auch im Uebrigen ja keineswegs immer so streng festgehaltenen Grundsätzen des Rechtes der Kriegsgefangenen absieht, so wenig Auffälliges, daß der Gedanke A. Faber's, der ganze Satz sei erst als ein Emblem der Compilatoren hinzugekommen, sich gewiß in keiner Weise empfiehlt [2]).

---

1) Man vergl. dazu fr. 2. §. 2. Dig. de jure cod. XXIX. 7. Codicillorum jus singulare est, ut quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent.

2) Auch Retes a. a. O. S. 292. verliert sich hier in einen unpassenden Erklärungsversuch, indem er die Rechtskraft der Codicille auf den Satz zu stützen versucht, daß codicilli ab intestato relicti, welche bei mangelnder testamenti factio errichtet sind, späterhin convalesciren, wenn nur der Wille des Errichtenden nach Wegfall dieses Mangels derselbe blieb. Abgesehen davon, daß dieser Satz für den Gefangenen nicht erwiesen ist — die von Retes angeführten Beweisstellen sprechen nur von Hauskindern und einheimischen Sclaven —, ist in der Stelle des Tryphoninus auch von der späteren Bestätigung der Codicille nach erlangter testamenti factio keine Erwähnung zu

Eine Abänderung dieses Satzes hat man schon für die Justinianeische Zeit ganz fälschlich in dem fr. 44. Dig. de testamento militis XXIX. 1. finden wollen, in welchem von Ulpian mit Berufung auf kaiserliche Rescripte der Satz erwähnt wird, daß es überhaupt allen Personen jeglichen Ranges, si in hostico deprehendantur, auch wenn sie sonst nicht jure militari testiren könnten, dennoch gestattet sei, auf welche Weise sie wollten, ihr Testament zu errichten. Da nun der in der Gewalt der Feinde befindliche Gefangene auch als in hostico verweilend angesehen werden müsse, so müsse nicht blos den Gefangenen nach dieser Stelle das Recht der Testamentserrichtung, sondern außerdem auch die Errichtung jure militari zugesprochen werden. Allein offenbar ist der Sinn der Stelle ein ganz anderer, wie besonders eine Vergleichung dieser Stelle mit fr. 1. pr. Dig. de bonorum poss. ex testam. militis XXXVII. 13. beweist. Das letztere Fragment erklärt die Worte si in hostico deprehendantur ausdrücklich näher durch die andere, dabei gebrauchte Bezeichnung der Personen, qui in procinctu versantur, quum eadem pericula experiantur [1]). Erst eine Leonische Novelle [2]) erklärt das Testament des Gefangenen, wenn es mit Hinzuziehung von wenigstens 3 Zeugen und unter einigen besonderen anderen Bedingungen errichtet sein würde, für gültig.

Dem gegenüber bleibt nun aber noch die Betrachtung der anderen Fälle übrig, wenn der Gefangene nach jus strictum durch seine Gefangenschaft Erbansprüche gegen Andere verloren hat. Daß nämlich der Gefangene während der Gefangenschaft nicht erben konnte, braucht nach der Ausführung der allge-

---

finden. — Vergl. auch Leist, die Bonorum Possessio, Bd. II. a. S. 292. —

1) Retes, a. a. O. S. 292. — Vergl. auch fr. 10. Dig. de test. mil. XXIX. 1. (S. 125. Not. 1.)

2) Nov. 40. — Retes, a. a. O.

meinen Grundsätze wohl nicht erst besonders bemerkt zu werden. Aber auch bei einem zurückgekehrten Gefangenen konnten die Erbschaftsansprüche wenigstens dann großem Bedenken unterliegen, wenn sie sich gegen die Hereditas eines intestatus auf den Grund der Familienrechte stützten. Es sind aber auch hier die verschiedenen Fälle wohl aus einander zu halten.

Drei Möglichkeiten waren dabei denkbar: entweder der Gefangene hatte bereits vor der Gefangennehmung die Erbschaft erworben; oder die Erbschaft war zwar ihm noch in civitate deferirt, aber noch nicht von ihm acquirirt worden; endlich: die Delation der Erbschaft an ihn erfolgte erst, während er sich schon bei den Feinden befand. Daß im ersten Falle die Erbschaft nach seiner jure postliminii erfolgten Rückkehr ohne Weiteres ihm gehörte, versteht sich von selbst. Sie war bereits vor der Gefangenschaft Theil seines eigenen Vermögens und die Rechte daran waren nach den Grundsätzen der fictio postliminii die nämlichen, wie die Rechte in Rücksicht seines übrigen Vermögens. War die Erbschaft dagegen blos deferirt gewesen, so verstand es sich von selbst, daß während der Dauer der Gefangenschaft die zum Erwerb noch weiter nöthige Antretung nicht erfolgen konnte, theils weil während dieser Zeit dem Gefangenen selbst die Handlungsfähigkeit abging, theils weil eine Stellvertretung bei diesem Rechts-Akte bekanntlich nicht gestattet war. Daß aber später, nachdem der Gefangene jure postliminii zurückgekehrt war, ihm die Acquisition der bereits in civitate deferirten Erbschaft gestattet gewesen sei, muß um so eher angenommen werden, als auch für den dritten Fall, wenn nämlich die Delation erst während der Gefangenschaft an den captivus gekommen war, über das Recht zur Acquisition einer solchen Erbschaft unter den Römischen Juristen kein Zweifel gewesen zu sein scheint.

Die Quellen enthalten gerade hierüber, sowohl für die Erbrechte des jus civile, als die prätorische Bonorum Possessio,

ziemlich zahlreiche Beispiele und Anwendungen [1]). Hervorzuheben möchten hier namentlich folgende sein.

Wenn es sich um die Beerbung eines Bürgers handelte, dessen nächster Erbe sich in feindlicher Gefangenschaft befand, so konnten die ihm zunächst Folgenden nicht einstweilen die Erbschaft antreten, so daß sie vielleicht nur verpflichtet gewesen wären, dem jure postliminii zurückkehrenden captivus die Erbschaft zu restituiren, vielmehr mußte propter spem postliminii gewartet werden, bis es sich mit dem Status des Gefangenen entschieden hatte. Die Anwendung auf das Erbrecht eines filius suus heres enthält der Anfang des fr. 1. §. 4. Dig. de suis et legitimis hered. XXXVIII. 16.:

> Si filius suus heres esse desiit, in ejusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex ea nati, qui in potestate sunt; quod naturali aequitate contingit. Filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione vel magna vel minore exierit de potestate. Quodsi filius apud hostes sit, quamdiu vivit, nepotes non succedunt. Etc.

Wenn der Filiusfamilias aus dem Kreise der Agnaten heraustritt, so treten an seiner Statt gegenüber dem zu beerbenden Paterfamilias seine agnatischen Kinder als erbberechtigte sui heredes ein. Die Gefangennehmung würde eigentlich eine Capitisdeminution und damit ein Austreten aus dem Kreise der agnatischen Familie bedingen. Allein so wenig wie dies

1) Ueber den allgemeinen Grundsatz vergl. Paulus Sent. rec. IV. 8. §. 24. Ab hostibus captus neque sui neque legitimi heredis jus amittit postliminio reversus. — c. 14. Cod. h. t. Jus postliminii filiam, rebus humanis exemta matre, dum in servitutis ipsa necessitate per captivitatis causam fuit, eventus purgato vigore, ad ejus legitimam invitat hereditatem, nec tibi medii temporis fortuna, quo minus res maternas successione quaesitas persequi possis, injuriam fieri patimur. — fr. 1. §. 8. Dig. de conjung. cum emanc. lib. XXXVII. 8.

wegen des jus postliminii in Betreff der väterlichen Gewalt angenommen wird (siehe oben S. 74.), so wenig kam man aus eben demselben Grunde zu einer Aufhebung der Erbrechte, und hiermit ist es dann freilich ganz consequent, wenn die Enkel vom Sohne durante captivitate nicht erben können, sondern, so lange der Tod des Gefangenen noch nicht constatirt ist, diesem die Erbschaft aufgehoben bleibt [1]).

Was sich nun hieraus für das Intestaterbrecht eines Gefangenen im Allgemeinen ergibt, ist offenbar ebenso von dem Erbrechte aus einem Testamente zu sagen. Es stand kein Hinderniß im Wege, daß selbst während der Gefangenschaft ein Römer als Universalerbe im Testamente gültig eingesetzt wurde, und viele Stellen unserer Quellen gehen von dieser Voraussetzung aus. Die Erbeseinsetzung galt dann gleich einer bedingten; mit dem Eintritte des jus postliminii wurde die Erbeseinsetzung zu einer vollkräftigen, wie sie in sich zusammenfiel, sobald die Gewißheit eintrat, daß es nicht zum Rechte des Postliminium kommen werde. Eine Abweichung hiervon

1) Anwendung dieses Satzes auf das Verhältniß der bonorum possessio unde legitimi gegenüber der bonor. poss. unde liberi: fr. 5. §. 1. Dig. unde legitimi XXXVIII. 7. Quamdiu spes est, suum heredem aliquem defuncto exsistere, tamdiu consanguineis locus non est, puta si defuncti uxor praegnans sit, aut defuncti filius apud hostes sit. Desgleichen auf die bon. poss. des filius patroni, wenn der patronus selbst gefangen ist: fr. 4. §. 2. Dig. de bon. libert. XXVIII. 2. Si deportatus patronus sit, filio ejus competit bonorum possessio in bonis liberti, nec impedimento est ei talis patronus, qui mortui loco habetur. Et dissimile est, si patronus apud hostes sit; nam propter spem postliminii obstat liberis suis. — Bei dem Erbrecht der Kinder gegenüber dem Erbrechte der Mutter ex SC. Tertulliano fr. 10. §. 1. Dig. ad SC. Orph. et Tertull. XXXVIII. 17. Quando in pendenti est, an quaedam personae possint obstare matri, et casus tulerit, ut non inducerentur, matri jus integrum erit, quod medio tempore apprehenderit, veluti si filio intestato mortuo, postumus ei filius potuerit nasci, nec natus sit, aut mortuus editus, vel quod etiam filius, qui in hostium potestate erat, postliminio non sit reversus. Cf. fr. 2. §. 7. ejusd. tit.

machte aber das Notherbenrecht des suus heres und, wie man weiter annehmen mußte, der bonorum possessio contra tabulas.

Aus fr. 31. Dig. de lib. et posthum. XXVIII. 2. ergibt sich nämlich, daß wenigstens während der Dauer der Gefangenschaft der suus heres keinen Anspruch darauf hatte, gleichwie wenn er nicht in Gefangenschaft sich befände, durch Institution oder gehörige Exheredation im Testamente des Paterfamilias berücksichtigt zu werden:

Cum apud hostes est filius, pater jure facit testamentum, et recte eum praeterit, quum, si in potestate esset filius, nihil valiturum esset testamentum.

Paulus bemerkt hier, daß die Präterition eines Filiusfamilias, welcher sich bei den Feinden befinde, das Testament des Paterfamilias nicht ohne Weiteres ungültig mache, sondern daß das Testament an sich als ein testamentum jure factum bei Kraft bleibe [1]). Dies darf jedoch freilich nicht so ausgelegt werden, als ob der suus heres jedes Anrechtes auf die Institution oder Exheredation mit der Gefangenschaft ohne Weiteres verlustig geworden sei. Der Satz des Paulus hat nur für den Fall Bedeutung, wenn der Gefangene in der Gefangenschaft

---

1) Daraus erklärt sich auch fr. 29. §. 10. Dig. XXVIII. 2. In omnibus speciebus illud observandum est, ut filius dumtaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus; nam frustra exheredabitur post mortem suam. Quod non est necessario in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat, et certe nec in nepote et pronepote; quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigimus, quia possunt praeteriri. Francke, Notherbenrecht, S. 32. leugnet, daß diese Nothwendigkeit darum wegfalle, weil er dann nach der fictio legis Corneliae als im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben gelte, und findet den Grund darin, weil der Gefangene durch die Gefangenschaft selbst bürgerlich todt war. Das letztere kann ebenso wenig zugegeben werden, wie die weitere Behauptung, die lex Cornelia trete nur ein bei denen, welche selbst beerbt werden können, zur Erhaltung ihrer Testamente. Siehe fr. 10. Dig. XL. 15.

verblieb und bei den Feinden verstarb. Kehrte dagegen der Captivus jure postliminii wieder zu den Römern zurück, so lebte hiermit auch das frühere Recht des suus heres vollständig auf; und fand sich nun keine gültige Institution noch Exheredation in dem errichteten Testamente, so trat nun darnach eine Ruption desselben, nach prätorischem Rechte die bonorum possessio contra tabulas ein. Die Rückkehr des Gefangenen hatte daher die nämliche Wirkung, wie die Agnation des Posthumus [1]). Wollte daher der Testator der späteren Gültigkeit seines Testamentes sicher sein, so war es immer nothwendig für ihn, auch rücksichtlich des kriegsgefangenen suus heres eine Exheredation oder Institution vorzunehmen. Gerade in dem letzteren Punkte fand aber zwischen den eigentlichen Posthumi und den Kriegsgefangenen der wichtige Unterschied Statt, daß, wie es wenigstens den Anschein hat, die Institution und Exheredation eines bei den Feinden Befindlichen immer erlaubt war, während bei den Posthumi diese Möglichkeit erst durch spätere Interpretation und nachfolgende Gesetze gegeben wurde.

Die verschiedenen Beziehungen, in denen eine solche Ruption und die begründete Erwartung einer solchen von Bedeutung werden konnte, werden in den Quellen in mehreren Stellen an Beispielen näher gezeigt. Hierher gehört fr. 6. §. 1. 2. Dig. de injusto rupto et irrito testam. XXVIII. 3:

> Sed si pater ejus, qui mortis avi tempore in utero fuit, apud hostes erat, nepos iste, patre in eadem causa decedente, post mortem avi succedendo testamentum rumpet, quia suprascripta persona ei non obstat. Nec enim creditur in rebus humanis fuisse, quum in ea causa decedat, quamquam captivus reversus patris sui injustum faceret testamentum, in eo praeteritus. Sive autem in civitate nepos fuerit conceptus, sive apud hostes, quo-

1) Diesem wird daher der Gefangene auch z. B. ganz gleich gestellt, in fr. 3. Dig. de condictione indeb. XII. 6.

niam datur et partui postliminium, succedendo testamentum rumpit.

Ulpian behandelt hier einen Fall, in welchem ein Großvater mit einem Testamente verstarb, während sein Sohn bei den Feinden als Gefangener sich befand und ein Enkel von diesem Sohne als Posthumus erwartet wurde. In dem Testamente war weder der Sohn, noch der Enkel gehörig instituirt oder exheredirt, sondern vielmehr beide ohne Erwähnung präterirt. In beiden Fällen, sei es daß der Sohn zurückkehrte, oder nicht, mußte hier das Testament des Großvaters rumpirt werden. Kehrte nämlich der Sohn zurück, so rumpirt dieser selbst als Notherbe jure postliminii das Testament (injustum facit testamentum in eo praeteritus). Kehrt er aber nicht zurück, so wird zwar das Testament jetzt nicht durch seine Person, wohl aber durch die Person des Enkels rumpirt, gleichviel ob nun dieser Enkel selbst bei den Feinden oder in civitate geboren wurde [1]). Das letztere erklärt sich einfach durch die fictio legis Corneliae, wonach der Gefangene in solchem Falle gleich von dem Augenblicke der Gefangenschaft an rückwärts als verstorben betrachtet wird. Indem zufolge dieser Fiction auch der Enkel schon seit dem Augenblicke der Gefangennehmung seines Vaters als suus heres des Großvaters zu betrachten war, mußte nothwendig auch seine Präterition das Testament des Großvaters rumpiren. Es war daher, wenn vielleicht Sohn und Enkel zugleich in der Kriegsgefangenschaft sich befanden, oder auch wenn nur der Sohn allein, immer nothwendig, auch auf diesen als möglichen Posthumus in dem Testamente mit Rücksicht zu nehmen.

Einen ähnlichen Fall gibt Paulus in fr. 9. Dig. de liberis et posthum. XXVIII. 2.:

Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituero, et supervixerit filius post

---

1) Ueber das letztere siehe oben S. 81.

mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum Julianus et Pomponius et Marcellus ajunt. Diversumque est, si in hostium potestate filius sit, et decesserit in eodem statu; rumpit enim his casibus nepos testamentum, quod moriente avo filii jus pependerit, non abscissum ut superiore casu fuerit. Etc.

Der Großvater hat ein Testament errichtet, in welchem er den Haussohn exheredirt und den Enkel vom Sohn präterirt, an Stelle der beiden ist eine andere, fremde Person als Erbe eingesetzt. Der Haussohn überlebte den Tod des Großvaters, wenn auch nur um wenige Zeit, indem er noch vor Antretung der Erbschaft durch jenen fremden eingesetzten Erben gleichfalls verstarb. Dennoch ist natürlich hier das Testament vollkommen als justum anzusehen, da der wirkliche suus heres ja vollkommen richtig exheredirt war, der Enkel von ihm aber keinerlei Ansprüche gegen das großväterliche Testament erheben konnte, weil er gar nicht die Stellung eines suus heres gegen den Großvater einnahm. Paulus stellt diesem Falle nun den anderen gegenüber, wenn jener Haussohn sich nicht in civitate, sondern in Kriegsgefangenschaft befunden und in diesem Zustande verstorben wäre. Hier würde die Exheredation des Filiusfamilias die Umstürzung des Testamentes durch den Enkel doch nicht haben aufhalten können. Der Grund der Ruption liegt hier ebenso, wie in in dem vorigen Falle des fr. 6. §. 1. cit., in der Fiction des Cornelischen Gesetzes. Wenn der Haussohn sich in civitate befand und gültig exheredirt war, so war damit das Recht des suus heres vollständig gebrochen, vorausgesetzt daß er den Tod des Paterfamilias überlebte. War er dagegen Kriegsgefangener, so war seine bürgerliche Stellung freilich, so lange er lebte, eine ungewisse, und der Enkel konnte, so lange hier keine Entscheidung erreicht war, nicht das Testament rumpiren. Kehrte der Haussohn mit dem Rechte des

Postliminium zurück, so blieb das Testament bei Kraft[1]). Verstarb er dagegen bei den Feinden, so galt es als vom Augenblicke der Kriegsgefangenschaft an nicht mehr vorhanden, und der Enkel, indem er in die Stelle seines Vaters als suus heres einrückte, rumpirte das väterliche Testament.

Hieraus erklären sich aber auch noch einige Stellen der berühmten Lex Gallus, in welcher in mehreren Paragraphen von dem Einflusse des jus postliminii und der fictio legis Corneliae auf das Notherbenrecht gehandelt wird. Zunächst gehört hierher der Fall des §. 6., welcher zu den schwierigeren Stellen des ganzen Fragmentes gerechnet werden muß:

> Quid, si is, qui filium apud hostes habebat, testaretur? quare non induxit, ut si filius antea, quam ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris, decederet, tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis, post mortem scilicet avi, nasceretur, non rumperet? nam hic casus ad legem Vellejam non pertinet. Melius ergo est, ut in ejusmodi utilitate praesertim post legem Vellejam, quae et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus nepos post mortem ejus natus esset, rumperetque praeteritus atque etiam si generaliter: *Quidquid sibi liberorum natum erit post mortem*, aut: *quicunque natus fuerit*, sit institutus, si suus nasceretur.

Die Lesart der Stelle ist bekanntlich mehrfach bestritten[2]). Man hat sich zuerst an die Lesart der Vulgata induxit gesto-

---

1) fr. 8. §. 9. Dig. h. t. Postliminio autem reverso filio dicendum est exheredationem ante factam nocere.

2) Francke, Notherbenrecht, S. 26—28. — Mühlenbruch, Commentar, Bd. XXXVI. S. 247—253. — v. Vangerow, Leitfaden, Bd. II. S. 224. 225.

ßen, weil hier nicht von der Formel des Gallus Aquilius, auf den allein der Singular zu beziehen wäre, sondern von der Ausdehnung derselben die Rede sei. Die meisten Herausgeber haben deshalb die Lesart der Florentina induxere, was dann von den Auslegern der Aquilischen Formel verstanden werden mußte, vorgezogen[1]); Mühlenbruch[2]) schlägt den Infinitiv inducere vor. Ich gestehe offen, weder die Nützlichkeit, noch die Nothwendigkeit dieser angeblichen Emendationen recht einsehen zu können. Daß es bei der Lesart induxere an einem passenden Subjecte fehlt, ist schon von Mühlenbruch richtig bemerkt worden; seine eigene Emendation ist durch keine Handschriften unterstützt. Allein es ist gewiß auch kein Grund vorhanden, als Subject zu dem Worte induxit nicht Gallus Aquilius selbst zu nehmen. Der Tadel Scävola's richtet sich zunächst gegen Aquilius selbst, daß er einen Fall, der häufig genug vorkommen mußte, nicht gleich bei der Fassung seiner Formel berücksichtigte. Scävola selbst aber gibt, mit Rücksicht auf das neuere Recht der lex Velleja, der Aquilischen Formel selbst dennoch eine solche Interpretation, daß der von ihm vermißte Fall unter die Worte der von Aquilius aufgestellten Formel gestellt wird. Für gewiß muß es dagegen wohl angesehen werden, daß statt illis vivis zu lesen ist: illo vivo, wie schon die Glosse vermuthet und neuerdings wieder Francke[3]) treffend dargelegt hat, während Mühlenbruch[4]) die alte, allerdings durch Handschriften und Ausgaben übereinstimmend bekräftigte Lesart beibehalten wissen will, indem er annimmt, daß Scävola hier in combinirter Darstellung zwei Fälle, wenn ein nepos und ein pronepos posthumus instituirt seien, behandle. Abgerechnet, daß diese In-

1) So Francke, a. a. O. und v. Vangerow, a. a. O.

2) a. a. O. S. 249.

3) a. a. O. S. 28. — v. Vangerow, a. a. O. S. 225. —

4) a. a. O. S. 250.

tention an sich wegen der damit nothwendig verbundenen Verwirrung sehr unwahrscheinlich ist, sprechen auch die unmittelbar folgenden Satztheile dagegen, die sich nur auf einen Enkel beziehen lassen und eines Urenkels gar nicht weiter erwähnen.

Das Verständniß der Worte selbst aber muß sich aus Diesem ergeben. Gallus Aquilius hatte eine Formel eingeführt, wodurch es möglich wurde, einen Enkel von einem filiusfamilius suus heres auch für den Fall zu instituiren, wenn der Haussohn zur Zeit der Testamentserrichtung noch lebte, bei Lebzeiten des Testators aber verstirbt und nun nach beider Tode der Enkel geboren wird [1]). Jetzt testirte Jemand, dessen Sohn sich in feindlicher Gefangenschaft befand. Wenn hier der Sohn noch in der Kriegsgefangenschaft verstirbt, jedoch erst nach dem Tode des Vaters, und darauf nun der Enkel geboren wurde, oder aber wenn der Enkel auch noch bei Lebzeiten seines Vaters (vel etiam adhuc illis vivis), jedoch nach dem Tode des Großvaters geboren wurde: konnte hier die Anwendung der Aquilischen Formel aushelfen? Dem strengen Wortlaute der Formel nach gewiß nicht. Denn nimmt man den ersten Fall oder den zweiten, so standen in beiden die bestimmten Worte der Formel: si filius meus *vivo me* morietur, und si quis etc. entgegen, da in beiden der Tod des Sohnes ja in der That erst nach dem Tode des Testators und nicht bei Lebzeiten desselben, vivo me, erfolgt war. Daß Gallus Aquilius dies in seiner Formel nicht vorgesehen, dazu gibt dem Scävola noch mehr Grund zum Tadel der Umstand, daß auch in der lex Velleja keine Abhülfe gegeben war. Denn dies Gesetz sprach in seinen beiden Capiteln immer nur von solchen Personen, welche noch zur Zeit des Erblassers als sui

1) fr. 29. pr. Dig. h. t. Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: *Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto.*

heredes geboren wurden oder in die Klasse der sui heredes einrückten. Deshalb sind namentlich die Worte: post mortem sc. avi, noch eingerückt, weil allerdings sonst der Fall unter die lex Velleja hätte gebracht werden können. Wenn aber auch weder diese, noch der Wortlaut der Aquilischen Formel sonach hierbei aushelfen konnte, so wird doch von Scävola, besonders mit Rücksicht auf die Erweiterungen der lex Velleja, eine laxere Interpretation gebilligt, wonach, wenn der Testator auch nur mit Anwendung der Aquilischen Formel testirt hatte, doch auch für diesen Fall das Testament als mit rechtsgültiger Institution des Enkels versehen angesehen werden sollte, gleich als wenn die Einsetzung unter der allgemeinen Formel: quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, oder: quicunque natus fuerit, si suus nasceretur, erfolgt wäre. Ein unterstützendes Moment aber für diese Interpretation, worauf freilich Scävola selbst nicht weiter eingeht, lag eben hierbei auch wieder darin, daß der kriegsgefangene Sohn, wenn er auch erst nach dem Vater verstarb, doch nach dem Cornelischen Gesetze als bereits im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben angesehen wurde. — Ein anderer Fall ist der, welcher in dem gleichfolgendem §. 7. desselben Fragmentes behandelt wird:

Si ejus, qui filium habebat, et nepotem ex eo instituerat, nurus praegnans ab hostibus capta sit, ibique vivo (filio) pariat, mox ille post mortem patris atque avi redeat, utrum hic casus ad legem Vellejam respiciat, an ad jus antiquum aptandus sit, possitque vel ex jure antiquo, vel ex lege Velleja institutus, non rumpere? Quod et quaerendum est, si jam mortuo filio nepotem [1]) instituat, redeatque mortuo eo. Sed cum testamentum ab eo non

1) In den Handschriften steht hier pronepotem, was aber nur dann annehmbar ist, wenn man statt des folgenden mortuo eo: mortuo nepote liest. Dies würde allerdings den besten Sinn geben.

rumpatur, nihil refert, utrum ex jure antiquo an ex lege Velleja excludatur [1]).

Der Fall unterscheidet sich von dem in §. 6 untersuchten dadurch, daß hier nicht der Sohn, sondern der Enkel bei den Feinden sich befindet, und zwar von Anfang seiner Existenz an, indem er erst während der Gefangenschaft von seiner Mutter, der Schwiegertochter des Testirers, geboren wird. Die Geburt selbst erfolgte noch bei Lebzeiten des Großvaters, die Rückkehr des Enkels jure postliminii dagegen ist erst nach dem Tode des testirenden Großvaters und des Vaters geschehen. Wenn nun hier der Enkel instituirt war, so konnte allerdings die Frage erhoben werden, ob die Institution nach der Aquilischen Formel oder den Bestimmungen des Vellejischen Gesetzes für gültig anzusehen sei. Der Fall ließ sich unter die Bestimmung des Gallus Aquilius bringen, wenn man darauf Rücksicht nahm, daß erst mit der Befreiung von der Kriegsgefangenschaft das Recht eines suus heres für den zurückkehrenden Enkel begründet wurde und daß es bis dahin völlig problematisch war, ob er überhaupt je als Rechtssubject werde anerkannt werden können. Nach der lex Velleja aber konnte die Einsetzung für gültig erklärt werden, wenn man mit Rücksicht auf das jus postliminii davon ausging, daß mit erfolgter Rückkehr von den Feinden rückwärts der Enkel schon von Zeit seiner wirklichen Geburt an so angesehen wurde, als wenn er in civitate geboren und nie bei den Feinden gewesen wäre. Mit der ersten Ansicht stimmte freilich nicht recht, daß in der Wirklichkeit doch der Enkel noch vivo testatore geboren war; mit der zweiten war es nicht recht übereinstimmend, daß eben nach den Grundsätzen über das Recht der Kriegsgefangenen

1) Ueber die mannigfachen Lectionsvarietäten dieser Stelle Francke, Notherbenrecht, S. 28. 29. — Mühlenbruch, Commentar, Bd. XXXVI. S. 254—258. — v. Vangerow, Bd. II. S. 225. 226. — Die Stelle ist hier nach v. Vangerow's Reinigung abgedruckt.

die juristische Gewißheit, daß der geborene Enkel einen Anspruch als suus heres gegen das Testament habe, erst nach dem Tode des Testators eintrat.

Scävola selbst hat den Zweifel nicht gelöst, der hier obwaltete; denn wie man auch die Sache ansehen wollte, in beiden Fällen war ja die Gültigkeit des Testamentes ausgemacht, die Frage also, aus welchem Gesichtspunkte diese Gültigkeit zu vertheidigen sei, eigentlich unnöthig und überflüssig. Nach den allgemeineren Grundsätzen über das Notherbenrecht und dem, was der Anfang des Fragmentes über den durch Interpretation gewonnenen Umfang der Aquilischen Formel sagt, war wohl auch schon vor der Lex Velleja kein Zweifel, daß man schon nach der Regel des Gallus Aquilius keinen Anstand nahm, diese Einsetzung als eine gültige und das Testament der Ruption überhoben anzusehen.

Noch gehört endlich hierher §. 14. desselben Gesetzes:

> Videndum, num hac posteriore parte „si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus et cetera in locum suorum sui heredes succedunto", possit interpretatione induci, ut, si filium apud hostem habens nepotem ex eo instituas, non tantum si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpat; nihil enim addidit, quo significaret tempus: nisi quod, licet audenter, possis dicere, vivo patre hunc suum heredem esse desiisse, licet post mortem decedat, quia nec redit nec potest redire.

Die Stelle hat im Anfang noch die eigentlichen Worte des Vellejischen Gesetzes, unter denen die Einsetzung des Posthumus gestattet wurde. Wenn einer von den sui heredes aufhören sollte suus heres zu dem Testator zu sein, so sollen seine agnatischen Kinder an seiner Statt als sui heredes nachrücken, und, wenn sie als Erben hiermit eingesetzt sind, das

Testament nicht weiter rumpiren. Jemand hat sein Testament nun errichtet, während sein Sohn sich in feindlicher Gefangenschaft befand, und in demselben einen in civitate zurückgebliebenen Enkel dieses Sohnes eingesetzt. Falls hier der Sohn aus der Gefangenschaft zurückkehrte, war natürlich das Testament jure postliminii immer rumpirt, falls der Sohn nicht selbst zugleich gehörig instituirt oder exheredirt war. Kehrte er aber nicht zurück, sondern verstarb bei den Feinden, so erhob sich hier die Schwierigkeit, daß nach dem Wortlaute des Vellejischen Gesetzes von einem Succediren in die Rechte des Sohnes als suus heres von Seiten des Enkels nur für den Fall gesprochen werden konnte, wenn der Sohn vor dem Testator verstorben war; denn darauf konnten allein die Worte: *heres esse desierit* und *succedunto*, bezogen werden. Wie aber, wenn der Tod des Sohnes bei den Feinden erst nach dem Tode des Testirers erfolgte? Daß hier ebenso, wie in dem ersten Falle, der Enkel gegen das Testament des Großvaters die Rechte eines posthumus suus heres beanspruchen konnte, unterlag keinem Zweifel[1]), nur schien der Fall nicht unter das Gesetz des Vellejus zu passen, und danach hätte man versucht sein können, Ruption des Testamentes eintreten zu lassen. Dennoch entscheidet sich Scävola auch hier für Aufrechthaltung desselben, gestützt auf den allgemeinen Sinn der Worte und auf die, seiner Ansicht nach freilich kühne Annahme, daß der Sohn, wenn er auch erst nach dem Vater verstorben sei, doch schon bei Lebzeiten desselben, nämlich im Augenblicke der Gefangennehmung, sein Recht als suus heres verloren habe. Diese Annahme konnte vielleicht zur Zeit des Scävola noch gewagt erscheinen, wo man vielleicht noch, wie zur Zeit des Gajus, darüber stritt, ob die Befreiung von der väterlichen Gewalt

---

1) Am allerwenigsten darf man glauben, daß erst die lex Velleja diesen Enkeln überhaupt Notherbenrecht gegeben habe. S. auch Francke, Notherbenrecht, S. 37.

für einen Sohn, dessen Vater in feindlicher Gefangenschaft gestorben, gleich von der Zeit der Gefangennehmung an, oder erst von dem Momente des wirklich erfolgten Todes zu datiren sei. Allein späterhin lag für unsern Fall nach dem allgemeinen Ausspruche Ulpians [1]) kein Hinderniß mehr vor, auch hier die fictio legis Corneliae unbeschränkt anzuwenden und rückwärts die Sachlage so anzusehen, als wenn der Wegfall des suus heres bereits mit der Gefangennehmung desselben erfolgt wäre.

War der bei den Feinden Befindliche nicht der alleinige Erbberechtigte, sondern neben ihm noch mehrere andere Mitberufene vorhanden, so konnten diese zwar unterdessen ungehindert ihre Portion erwerben. Auf die Portion des Kriegsgefangenen hatten sie, so lange über dessen Rückkehr oder Wegbleiben nicht entschieden war, keinen Anspruch [2]), so wenig wie auf den Anspruch eines unter einer Bedingung eingesetzten Miterben, so lange die Bedingung noch schwebt. Eine solche Zusammenstellung des postliminio zurückkehrenden Miterben mit demjenigen, welcher unter einer nun eingetretenen Bedingung eingesetzt war, gibt besonders noch Venulejus in fr. 7. fam. ercisc. X. 2. Wenn ein pure eingesetzter Miterbe durch die hereditatis petitio die ganze Erbschaft an sich gebracht hat, so hat dies freilich auf das Recht des Miterben keinen Einfluß, da das erlangte Urtheil nur für die beiden unmittelbar Betheiligten Wirkungen erzeugt. Dem bedingt eingesetzten Miterben ist daher, wenn die Bedingung existent geworden ist, entweder die betreffende Portion sogleich auszuliefern, oder er ist zum familiae erciscundae judicium zuzulassen. Dasselbe findet in

---

1) fr. 18. Dig. de captivis. In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.

2) Eine Anwendung hiervon in fr. 1. §. 4. de bonorum poss. contra tab. XXXVII. 4. Si ex tribus filiis unus ab hostibus captus sit, duobus, qui sunt in civitate, bessis bonorum possessio competit.

ganz der nämlichen Weise bei dem jure postliminii zurückgekehrten Miterben Statt [1]). Ständen etwa hierbei die Miterben in solchem Verhältniß zu einander, daß sie sich gegenseitig zur Collation verpflichtet wären, so könnte man vielleicht glauben, daß die Collationsverbindlichkeit auf Seiten des postliminio Zurückkehrenden wegfallen müßte, weil er im Augenblicke des Todes des zu beerbenden Parens als Kriegsgefangener eigentlich Nichts haben konnte, was zu conferiren gewesen wäre. Allein auch hierbei zeigte die im jus postliminii liegende Fiction ihre Wirkung. Wie der Römer überhaupt nur so angesehen wurde, als wäre er nie bei den Feinden gewesen, so war es jetzt auch consequent, daß er alles zu conferiren hatte, was er beim Tode des Vaters gehabt hätte, wenn er eben nicht Kriegsgefangener gewesen wäre: conferet scilicet ea, quae moriente patre haberet, si ab hostibus captus non fuisset [2]).

§. 9.

c) Wirkungen des Postliminium bei Sachen.

Neben den freien Personen war das jus postliminii auch auf bestimmte Arten von Sachen, Sclaven, Kriegs- und

---

1) Si heres unus, quum sub conditione adjectum coheredem, aut apud hostes haberet, dixerit se heredem esse, et actione expertus vicerit, deinde conditio heredis exstiterit, *vel postliminio redierit*, an victoriae commodum debeat cum eo communicari? an indubitate judicati actio ei in solidum competat? Et puto electionem dandam, id est aut communicandam eam, aut experiundi faciendam potestatem huic, qui post victoriam coheredis effectus sit heres, aut *reversus sit in civitatem*.

2) fr. 1. §. 17. Dig. de coll. bonor. XXXVII. 6. Qui ab hostibus captus post mortem patris rediit, licet moriente patre nihil habuit, quum apud hostes fuerit, tamen et ad bonorum possessionem admittetur et conferet scilicet ea, quae moriente patre haberet, si ab hostibus captus non fuisset. Sed et si redemtus ab hostibus mortis tempore patris inveniatur, aeque collatio erit facienda.

Transportschiffe, Saumthiere, Pferde und Grundstücke (§. 4.) erstreckt. Es ist begreiflich, daß bei diesen Objecten, wenn sie jure postliminii wieder in die Gewalt der Römer zurückkommen, bei weitem nicht diese Mannigfaltigkeit der Rechtsfragen vorkam, wie wenn es sich um das Postliminium bei freien Menschen handelte. Mit dem Augenblicke, in welchem sie wieder in den Besitz der Römer gekommen waren, lebten die dinglichen Rechte, welche vor der feindlichen Occupation an denselben begründet gewesen waren, vollständig so wieder auf, als wenn dieselben nie unterbrochen gewesen wären. Sie fielen in das Eigenthum derjenigen zurück, welchen früherhin diese Rechte zugestanden hatten, immer aber freilich auch unter den nämlichen Beschränkungen, denen dies Eigenthum vor der feindlichen Occupation unterlegen hatte [1]). Daher lebten Pfandrechte [2]), wie Servituten [3]), welche etwa daran gehaftet hatten, zugleich wieder mit auf.

Am leichtesten machte sich dies Alles offenbar bei den Grundstücken, hinsichtlich deren die früheren Eigenthümer am ersten aufgefunden und in ihre Rechte wieder eingesetzt werden konnten [4]). Aber auch wenn loca religiosa oder den Göttern geweihte Oerter wieder der Gewalt der Feinde entrissen wurden, nahm man ein Postliminium an und erkannte ihre frühere Qualität als loca sacra oder religiosa wieder an [5]).

---

1) fr. 19. pr. Dig. h. t. — c. 10. Cod. h. t. (VIII. 51.) Sicut liberis captis ab hostibus ac postliminio reversis status pristinus restituitur, sic servi domino. Unde si haec, cujus meministi, ancilla patris tui fuit, nec commercio redemta est, reversa dominum vel ejus sequitur successorem, qui per captivitaten hanc amiserat. — c. 12. Cod. eod.

2) arg. fr. 12. Dig. h. t.

3) fr. 26. Dig. quibus mod. ususfr. vel usus amitt. VII. 4. Si ager ab hostibus occupatus servusve captus liberatus fuerit, jure postliminii restituetur ususfructus. — Vgl. oben S. 111. Not. 2.

4) Pomponius fr. 20. §. 1. Dig. h. t.

5) Pomponius fr. 26. Dig. de religiosis XI. 7. Cum loca capta sunt ab hostibus, omnia desinunt religiosa vel sacra esse, sicut ho-

Was aber die beweglichen Objecte betrifft, so findet sich hinsichtlich ihrer die anscheinend sehr häufig zur Anwendung gebrachte Gewohnheit [1]), daß die gesammte Beute vor der Stadt feierlich ausgestellt wurde, um den Eigenthümern Gelegenheit zu geben, ihre Sachen zu recognosciren und abzuholen, worauf nach Ablauf einer im Voraus gesetzten Präclusivfrist (zwei, drei oder auch dreißig Tage) das Uebrige dem Quästor zum Verkauf übergeben oder unter das Heer vertheilt ward. Wurde aber einmal eine solche allgemeine Ausstellung der Beute angeordnet, so beschränkte man sich wohl, wie die allgemeinen Ausdrücke, die hierbei gebraucht werden, schließen lassen, dann nicht einmal auf die res postliminii, sondern gestattete die Rücknahme aller, früher Römern angehörig gewesenen Sachen, obwohl doch nur auf die ersteren ein rechtlicher Anspruch erhoben werden und auch nur bei ihnen die eigenthümlichen Wirkungen der in dem jus postliminii liegenden Fiction eintreten konnten.

Schwierigkeiten macht hier aber noch eine Stelle von Labeo, aus der man dem ersten Anschein nach den Satz ablei-

---

mines liberi in servitutem perveniunt. Quodsi ab hac calamitate fuerint liberata, quasi quodam postliminio reversa pristino statui restituuntur. Heilige Plätze und Gebäude der Feinde verloren mit der Eroberung diese ihre besondere Natur. fr. 4. Dig. de sepulcro violato XLVII. 12. Ossenbrueggen, de jure belli et pacis Roman. p. 60.

1) Beispiele geben hier Liv. III. 40. exposita omni in campo Martio praeda, ut suum quisque per triduum cognitum obduceret; reliqua vendita, quibus domini non extitere. — IV. 29. praedae pars sua cognoscentibas Latinis atque Hernicis reddita. — V. 16. Biduum ad recognoscendas res datum dominis, tertio incognita (erant autem Pleraque hostium ipsorum) sub hasta veniere. — X. 20. acciti edicto domini ad res suas poscendas recipiendasque. Praestituta die, quarum rerum non extitit dominus, militi concessae. — XXIV. 16. praeda omnis, praeterquam hominum captorum militi concessa est: et pecus exceptum est, quod intra dies triginta domini cognovissent. — XXXV. 1. praeda omnis ante urbem exposita est; potestasque dominis suas res cognoscendi facta est, cetera vendenda quaestori data: quod inde refertum est, militi divisum. — Dionys. Halicarn. IV. 51. XI. 48.

ten könnte, daß alles das, was sich in der Kriegsbeute vorfinde, eigentlich dem Rechte des Postliminiums gänzlich enthoben sei. Die Stelle ist aus den Pithana des Labeo genommen und von Paulus mit einer Nachbemerkung versehen:

fr. 28. Dig. h. t. Labeo libro IV. Pithanῶn a Paulo epitomatorum. Si quid bello captum est, in praeda est, non postliminio redit. Imo si in bello captus, pace facta demum refugit [1]), deinde renovato bello capitur, postliminio redit ad eum, a quo priore bello captus erat, si modo non convenerit in pace, ut captivi redderentur [2]).

Die Anfangsworte der Stelle: si quid bello captum est, in praeda est, non postliminio redit — sind als die Worte des Labeo anzusehen, und werden in der angegebenen Weise sowohl in der Florentina, als den meisten übrigen Handschriften mitgetheilt. Eine Emendation derselben ist jedoch unbedingt nothwendig, weil sie unverändert beibehalten einen Sinn geben, der ebenso sehr mit allen übrigen bekannten Grundsätzen in Widerspruch, als auch mit den beigefügten Worten des Paulus in gänzlicher Disharmonie stehen würde. Die Worte in praeda est müssen offenbar mit dem Anfangswort si in Verbindung gebracht werden, während bei der Lesart der Florentina dieselben in den Nachsatz kommen würden, der durch die weitere Beifügung non postliminio redit seine nähere, eben aber durchaus unverständige Erklärung erhalten würde. Man hat diesem Mangel auf zweifache Weise abzuhelfen gesucht, entweder indem man das quid in ein quod verwandelt hat, oder durch Weglassung des est hinter captum [4]). Am einfachsten scheint die Ver-

---

1) Für demum refugit haben andere Handschriften domum refugit, domum fugit, oder domum rediit.

2) Die Basiliken Tit. XXXIV. 23. und nach ihnen Harmenopulos II. 7. haben die Stelle in dem Sinne verändert, daß kein zur Kriegsbeute gehörender Sclave des jus postliminii theilhaftig werde (— τὸ ἐν πολέμῳ λαμβανόμενον ἀνδράποδον ἐν πραίδᾳ ἐστίν, οὐ μὴν τῷ δικαίῳ τῆς ὑποστροφῆς ἐπανέρχεται). —

3) Bynkershoek, Observatt. Jur. Rom. III. 6.

4) So die Haloandrina. Salmasius, ad jus Att. et Rom. c. 27.

änderung des est in et; in allen Fällen ist der Wortsinn, welcher dadurch erreicht wird, der nämliche.

Dennoch ist auch mit dieser Veränderung die wahre Bedeutung des von Labeo aufgestellten Satzes keineswegs unmittelbar festgestellt. Denn es ist kaum glaublich, daß Labeo ganz allgemein habe den Satz aufstellen können, daß alle als Kriegsbeute gewonnenen Sachen nicht des jus postliminii theilhaftig seien, da es doch einerseits wohl als gewiß anzunehmen ist, daß auch den Feinden wieder abgenommene Sclaven, Pferde und Maulesel unter den Begriff der praeda fielen, wenn sie mit den Waffen in der Hand den Feinden wieder abgenommen wurden, andererseits ebenso fest stand, daß diese, gleichviel auf welche Weise sie wieder in die Gewalt der Römer zurückkamen, immer jure postliminii an die früheren Eigenthümer zurückkehrten. Immerhin kann aber der Satz doch nicht von Sachen der Feinde, welche als Beute erobert wurden, sondern von eigenen Sachen, welche jetzt wieder erlangt worden waren, verstanden werden, da nur in Betreff dieser die Frage über Anwendbarkeit des jus postliminii sich erheben konnte, welche bei eroberten Sachen der Feinde gar keinen Sinn hatte. Die meisten Erklärer nehmen daher an, daß Labeos Satz ursprünglich nur beschränkt zu verstehen sei und die unpassend allgemeine Fassung der Worte Paulus die Veranlassung zum Tadel gegeben habe. Einige beziehen den Satz des Labeo deshalb gerade auf die Sachen, welche überhaupt gar nicht des jus postliminii fähig waren, wie Kleider, Waffen, und deßhalb besonders als Beutestücke angesehen worden seien [1]). Andere verstehen den Satz von den Sachen, welche in der Beute blieben, nachdem Niemand sie als die seinigen abgefordert hatte [2]). Nach Bynkershoek [3]) hatte Labeo nur von den Mobilien sprechen wol-

1) Ayala, de jure et offic. bellicis I. 5.

2) P. Faber, Semestr. II. 3.

3) Observatt. Lib. III. 6.

len, da diese allein doch wirklich erbeutet wurden, und Paulus habe darauf dies nur für die Sclaven berichtigen wollen.

Alle diese Erklärungen gehen jedoch von Voraussetzungen aus, welche man bei völliger Unbefangenheit in den Worten des Labeo schwerlich wird finden können. Will man nicht Etwas in den Satz des Labeo hineinlegen, was demselben nach seiner Wortfassung fremd ist, so bieten sich nur zwei Deutungen als möglich dar. Entweder ist man gezwungen anzunehmen, daß Labeo wirklich die Meinung geäußert habe, Alles, was von den Feinden als Theil der Kriegsbeute zurückerobert worden, sei nicht jure postliminii an die früheren Eigenthümer zurückgefallen: oder man geht davon aus, daß Labeo nur von den eigentlichen res postliminii sprechen wollte. Die erstere Meinung, welche Retes billigt, kann, wie oben gezeigt, nur auf die Gefahr hin gebilligt werden, daß man annimmt, Labeo habe sich wirklich eines groben Versehens schuldig gemacht, das zu berichtigen Paulus nicht schwer fallen konnte. Bei dem Unwahrscheinlichen dieser Annahme kann ich nur die zweite Erklärungsweise für die einzig haltbare ansehen, und in der That scheint auch nur auf diese Weise der Zusatz des Paulus, der einzige Anhaltepunkt, an welchem man zu einer tieferen Einsicht in die inneren Beziehungen der ganzen Stelle gelangen kann, mit den Worten des Labeo in eine genügende Harmonie gebracht werden zu können.

Wenn eine Sache, welche an sich des jus postliminii fähig war, erst durch occupatio bellica in die Gewalt eines Römers gelangt war, späterhin aber wieder an die Feinde verloren ging, so trat bei den Feinden selbst in Bezug auf diese zurückeroberte Sache ganz das Nämliche ein, was sich auf Seiten der Römer ereignete, wenn eine römische Sache jure postliminii in die Gewalt der Römer zurückkam; denn wie aus den Worten des Aelius Gallus bei Festus[1]) hervorgeht, war

1) S. v. postliminio receptus. Siehe oben Seite 4. Not. 1.

das jus postliminii ein eigentlich völkerrechtlicher Grundsatz, welchem bei Freund und Feind gleiche Geltung beigelegt ward. Nehmen wir nun einmal an, die zuerst von den Römern erobert gewesene, späterhin aber wieder in die Gewalt der Feinde zurückgefallene res postliminii sei jetzt zum zweiten Male von den Römern den Feinden abgenommen worden, so konnte sich hier sehr wohl die Frage erheben, ob derjenige, welchem früherhin nach den Grundsätzen der occupatio bellica die Sache erworben gewesen war, jetzt von neuem die Sache jure postliminii verlangen dürfe oder nicht? so daß für den Verneinungsfall die Sache jetzt dem zufallen müßte, welcher bei der neuen Occupation derselben sich zuerst bemächtigt hatte. Für beide Ansichten, die verneinende, wie die bejahende, ließen sich Gründe aufbringen. Für die erstere könnte angeführt werden, daß ja bereits die Sache nach der ersten Occupation Eigenthum eines Römers gewesen war, das nun jure postliminii eigentlich wieder aufleben müßte. Aber die zweite ist die des Labeo, wie sie in den Worten: quod in bello captum (et) in praeda est, postliminio non redit, ausgesprochen ist.

Offenbar war diese auch die allein consequente. Wenn das jus postliminii ein gemeiner völkerrechtlicher Grundsatz war und nach demselben auch die von den Römern den Feinden abgenommenen Sachen, so weit sie überhaupt des jus postliminii fähig sind, jure postliminii wieder zurückfielen, so war damit jedes Recht des Römers ja vollständig getilgt. Die wieder eroberte res postliminii ward angesehen, als wenn sie nie occupirt gewesen sei: eine wiederholte Occupation war also eigentlich eine vollständig neue und gab nur dem neuen Occupanten neue Rechte. Daher konnte Labeo allerdings und mit vollem Rechte sagen, daß eine solche Sache, die nach Kriegsrecht erworben und nun von Neuem in der Beute vorgefunden werde, nicht jure postliminii zurückkehre und nicht in das Recht des früheren Besitzers zurückfalle.

Daß aber dies auch in der That der einzig wahre Sinn

unserer Stelle ist, das beweist besonders der von Paulus gemachte Zusatz. Trotz seiner allgemeinen Wahrheit konnte nämlich der Satz des Labeo dennoch dann einer Unrichtigkeit geziehen werden, wenn man das bello captum ganz ohne alle Beschränkung hätte nehmen und überhaupt auf alle, einmal nach Kriegsrecht erworbenen res postliminii hätte beziehen wollen. An diesem Mangel einer völlig präcisen Fassung der einzelnen Sätze scheinen überhaupt die *Πειθανα* des Labeo öfters gelitten zu haben. Das Epitomiren derselben durch Paulus hatte den Zweck, diese Mängel, die mehr im Ausdrucke, als im Sinne lagen, zu verbessern, indem er den Labeonischen Sätzen und Regeln einzelne Beispiele entgegenstellt, auf welche dieselben nicht recht zutrafen. Und so wird auch hier dem oben angeführten Satze entgegengestellt, daß ein kriegsgefangener Sclave, wenn er nicht während des Krieges, der ihn in die Gewalt der Römer brachte, sondern erst nach dem Abschlusse des Friedens durch Flucht zu den Feinden sich seinem Herrn entzog, und nun darauf eine neue Gefangennehmung desselben nach erneutem Ausbruche des Krieges erfolgt, allerdings jure postliminii seinem früheren Herrn wieder anheimfalle: vorausgesetzt, daß nicht etwa in dem Friedenstractat die Uebereinkunft getroffen worden wäre, daß alle Gefangenen gegenseitig zurückgegeben werden sollten. So aufgefaßt geben die Worte des Paulus weder den Sinn, als habe bei den Sclaven etwas Anderes gegolten, als bei den übrigen res postliminii, wie freilich doch schon die Basiliken[1]) angenommen zu haben scheinen, noch geht der Zusatz auf eine nähere Erläuterung davon, daß ein Anderes Statt gefunden habe, wenn eine res postliminii, als Theil der Kriegsbeute, oder wenn sie durch einfache Occupation wieder erlangt worden sei, da Paulus Ausdrücke gebraucht, welche wenigstens ebensogut von einer Wiedereroberung mit den Waffen in der Hand, wie von einer

1) Siehe oben Seite 146. Not. 2.

anderen Caption verstanden werden können. Das wahre Gewicht ist vielmehr darauf zu legen, daß Paulus von einem Falle spricht, wo die res postliminii — hier der Sclave — nicht während des nämlichen Krieges, in welchem er zuerst gefangen worden, sondern nach dem Friedensschlusse zu den Seinigen zurückgeflohen war und nicht in dem nämlichen Kriege, sondern in einem neuen wiedergefangen wurde. Indem er aber diesen speciellen Fall ausnimmt, gesteht der Jurist indirect zu, daß es im Uebrigen mit der Regel des Labeo seine volle Richtigkeit habe. Die Gründe aber, welche in diesem speciellen Falle Paulus zur Annahme eines postliminio redire bestimmten, sind nicht schwer aufzufinden, wenn man dabei darauf zurückgeht, was in einer früheren Ausführung [1]) über die Zeit, in welcher die Rückkehr von den Feinden erfolgen muß, wenn das jus postliminii zur Anwendung kommen soll, gesagt worden ist.

Es mußte als Grundsatz festgehalten werden, daß die Rückkehr zu dem Volke, bei welchem das jus postliminii wirksam werden sollte, noch während des Kriegsstandes mit der anderen Nation erfolgte [2]). War bis zur Beendigung des Krieges die res postliminii nicht wieder in Gewalt des heimischen Staates zurückgefallen und auch nicht ausdrücklich in dem Friedensschlusse die gegenseitige Rückgabe des Eroberten ausbedungen worden, so hörte damit das Recht des ursprünglichen Eigenthümers gänzlich auf, und unbedingt berechtigt galt nun der, welcher nach den Grundsätzen der occupatio bellica die Sache jetzt in Händen hatte. Denn wenn auch die Sache nun wieder ihm abhanden kam, so hatte er, so lange der Friedensstand dauerte, die Möglichkeit der Rückforderung auf dem Wege der Recuperatio; brach aber ein neuer Krieg aus, so konnte doch das feindliche Volk für diese Sache sich nicht mehr auf das postliminio redire berufen,

---

1) Siehe Seite 59.

2) Tryphonin. fr. 12. pr. Dig. h. t.

weil ja in dem Friedensschlusse der Besitzstand beider Nationen hinsichtlich der einander abgenommenen Sachen gegenseitig als rechtlich anerkannt worden war, und ebendeshalb die Wiederbemächtigung dieser Sache von Seiten der Feinde nur unter den Gesichtspunkt einer feindlichen Occupation an einer völlig fremden Sache zu bringen war. Die Sache fiel deshalb nicht dem früheren Eigenthümer, sondern dem neuen Occupanten zu. Andererseits hatte dies aber für den Römer, welcher die Sache verlor, die Folge, daß ihm die Sache, wenn dieselbe wieder in die Gewalt der Römer zurückfiel, allerdings jure postliminii zurückfiel. Denn da die Sache in dem neuen Kriege nicht als eine nur jetzt occupirte res postliminii, sondern als ursprüngliche Römische Sache zu den Feinden kam, so waren bei der Wiedereroberung jetzt alle Voraussetzungen vorhanden, welche die Anwendung des jus postliminii zu seinen Gunsten bedingten. —

Eine scharfe Entscheidung über das Postliminium bei Sachen enthält auch eine Stelle von Javolenus:

> fr. 27. h. t. libr. IX. ex Posterioribus Labeonis. Latrones tibi servum eripuerant; postea is servus ad Germanos pervenerat; inde in bello victis Germanis servus venierat. Negant posse usucapi eum ab emtore Labeo, Ofilius, Trebatius, quia verum esset, eum surreptum esse, nec, quod hostium fuisset aut postliminio redisset, ei rei impedimento esse [1]).

Ein Sclave war von Räubern seinem Herrn geraubt worden, später aber war er in die Gewalt eines mit den Römern in Kriegsstande befindlichen Volkes gelangt. Das Kriegsglück hat den Sclaven wieder in die Gewalt der Römer gebracht und bei diesen kam er durch Verkauf in die Hände eines Dritten, welcher mit Rücksicht auf diesen Erwerb und den Ablauf einer gehörigen Usucapionszeit die Ersitzung desselben behauptet.

---

1) A. Faber, Jurisprud. Papinin. XI. 8. 24.

Dieser Usucapion würde auch in der That Nichts entgegengestanden haben, wenn der Sclav unmittelbar aus dem Besitze seines früheren Herrn in die Gewalt der Feinde gekommen wäre. Allein da er als gestohlener Sclav unter die Herrschaft der Feinde gelangte, so nahm man an, daß mit dem Augenblicke, wo er jure postliminii wieder zurückkehrte, auch diese mangelhafte Eigenschaft desselben wieder auflebe, und nach der Bestimmung des Atinischen Gesetzes konnte deshalb eine Ersitzung desselben, so lange er nicht wieder in die Herrschaft des früheren Dominus zurückgekommen war, nicht eintreten[1]).

Daß mit der Rückkehr jure postliminii die Sache ganz in die Lage gebracht wurde, die sie vorher inne hatte, als wenn sie stets und ununterbrochen in derselben gewesen wäre, dafür gibt auch fr. 11. §. 4. Dig. de exceptione rei judic. ein Zeugniß ab:

> Eandem causam facit etiam origo petitionis. Ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio, nisi forte intermissum dominium medio tempore rediit quodam postliminio. Quod enim, si homo, quem petieram, ab hostibus fuerit captus, mox postliminio receptus? Hic exceptione summovebor, quia eadem res esse intelligitur. At si ex alia causa dominium fuerim nactus, non nocebit exceptio.

Die exceptio rei judicatae kann bei dinglichen Klagen dem nicht entgegengestellt werden, welcher eine bestimmte Sache aus einem neuen, erst nach der Erhebung der alten Klage hinzugekommenen Erwerbsgrunde vindicirt. Setzt man nun den

---

1) Der Bestohlene kann übrigens gegen die latrones die actio furti anstellen; der Einwand, daß die Sache an die Feinde gelangt sei, hebt diese Klage so wenig auf, wie eine totale Zerstörung derselben. fr. 47. pr. Dig. de furtis XLVII. 2.

Fall, daß die vindicirte Sache an die Feinde gekommen war, während der Prozeß über dieselbe durch eine Sentenz des Richters zum Nachtheil des Vindicirenden entschieden wurde, so gibt ihm dennoch die Wiedererlangung jure postliminii kein von Neuem verfolgbares Recht an der Sache. Es ist nur eine Herstellung des während der feindlichen Occupation intermittirenden Rechtes, welches durch die inzwischen ergangene res judicata aufgehoben wurde.

Aber auch schon während der Dauer der feindlichen Gewalt über die Sache äußert das jus postliminii seine Wirkung. Indem der frühere Dominus danach wenigstens die Hoffnung hat, das Recht an der Sache wieder zu erlangen, können von ihm Verfügungen darüber ebenso, wie über jede andere zukünftige Sache getroffen werden. Unsere Rechtsquellen führen zwar keine Beispiele von Veräußerungen, welche bei solchen Sachen unter Lebenden vorgekommen wären, auf, wovon der Grund offenbar in der Unmöglichkeit einer Tradition, Mancipation u. s. w. bei solchen Sachen lag [1]). Dagegen erkennen mehrere Stellen ausdrücklich die Möglichkeit an, daß solche Sachen legirt werden konnten [2]). Aus dem nämlichen Grunde

1) Hiermit offenbar im Zusammenhange steht auch die Entscheidung in fr. 16. Dig. de interrogationibus in jure faciendis XI. 1., wonach eine Noxalklage wegen eines von einem kriegsgefangenen Sclaven verübten Delictes nicht gegen den früheren Herrn desselben angestellt werden kann, selbst dann nicht, wenn der frühere Herr auf eine an ihn gerichtete interrogatio in jure geantwortet hätte, daß der Sclav in sua potestate sei. Dagegen soll nach fr. 2. §. 1. Dig. quando de peculio actio annalis sit. XV. 2. die kürzere (einjährige) Verjährung der actio de peculio aus Geschäften eines Sclaven nicht ohne Weiteres mit der Gefangennehmung des Sclaven eintreten, sondern die Klage einstweilen als perpetua fortdauern, solange noch der Sclav jure postliminii zurückkehren könnte.

2) fr. 9. Dig. de leg. I. Id, quod apud hostes est, legari posse Octavenus scripsit et postliminii jure consistere. — fr. 98. eod. Servus ab hostibus captus recte legatur; hoc enim jure postliminii fit, ut, quemadmodum heredem instituere possumus servum, qui in hostium potestate est, ita legare quoque eum possemus.

stand man nicht an, dem Herrn selbst eine directe testamentarische Freilassung von solchen gefangenen Sclaven zu gestatten. Die Manumission erhielt jure postliminii Kraft, gleichviel ob die Sclaven nur zur Zeit des Testamentes oder nur zur Zeit des Todes des Herrn, sogar auch wenn sie in beiden Momenten unter feindlicher Herrschaft gestanden hatten [1]). Auch die Assignation eines bei den Feinden befindlichen Liberten war vollkommen gültig [2]). Kam es zur Vertheilung einer Erbmasse unter mehreren Miterben, so wurden die Vermögensstücke, welche bei den Feinden sich befanden, ebenso in das judicium familiae erciscundae hereingezogen, wie die wirklich vorhandenen. Bestritten war nur, ob auch die Prästationen einer solchen Sache, das heißt die etwa von einem Coheres auf eine solche früher gemachten Verwendungen, dem judicium mit unterzuordnen seien, wie fr. 22. §. 5. fr. 23. Dig. fam. ercisc. X. 2. dies näher angibt:

fr. 22. §. 5. Ulpianus lib. XIX. ad Edictum. Papinianus de re, quae apud hostes est, Marcellum reprehendit, quod non putet praestationes ejus rei venire in familiae erciscundae judicium, quae apud hostes est; quid enim impedimento est, rei praestationem venire, quum et ipsa veniat

---

Selbst eigene Sachen der Feinde konnten durch Legat vermacht werden. fr. 104. §. 2. Dig. eod. — Ueber den Fall, wenn eine legirte Sache nachher in die Gewalt der Feinde gekommen war, vgl. fr. 47. §. 2. fr. 53. §. 9. Dig. de leg. I.

1) fr. 30. Dig. de manumissis testam. XL. 4. Si servi, qui apud hostes sunt, liberi esse jussi sunt, ad libertatem perveniunt, quamvis neque testamenti neque mortis tempore testantis, sed hostium fuerunt. Nach fr. 24. §. 2. Dig. de fideicomm. libert. XL. 5. war eine fideicommissarische Freilassung selbst bei einen Sclaven der Feinde nicht unwirksam, wenn sie ausdrücklich in casum, in quem noster esse incipiat, geschehen war. Die Verschiedenheit dieser Stelle gegenüber der vorigen besteht darin, daß die letztere von einem eigenen Sclaven der Feinde, der nie in Römischer Herrschaft gewesen war, zu verstehen ist.

2) fr. 1. §. 2. Dig. de assignandis libertis XXXVIII. 4.

fr. 23. Paulus libr. XXIII. ad Edictum Propter spem postliminii? scilicet cum cautione, quia possunt non reverti; nisi si tantum aestimatus fuerit dubius eventus. Da die Stelle aus zwei Fragmenten ganz verschiedener Autoren nur mangelhaft zusammengesetzt ist, so ist die Interpunction in den Ausgaben sehr verschieden, ohne daß deshalb jedoch der materielle Sinn zweifelhaft sein könnte. Es geht daraus hervor, daß Ulpius Marcellus die Erstreckung der actio familiae erciscundae — und man darf dies wohl auch auf das judicium communi dividundo erstrecken — auf die praestationes personales hinsichtlich einer solchen res postliminii nicht für zulässig hielt, so lange sie noch bei den Feinden sich befand. Die Meinung Papinians und, wie es scheint, auch des Paulus, entschied jedoch für deren Zulässigkeit, wie, was auch Marcellus nicht abgeleugnet zu haben scheint, die Sache selbst bei der Berechnung und Vertheilung mit herbeigezogen wurde. Da immerhin jedoch die Wiedererlangung zweifelhaft bleiben mußte, so konnte freilich derjenige, auf dessen Theil die Sache gerechnet wurde, von den anderen Miterben Caution verlangen, wenn man nicht etwa gleich von Anfang sich dahin vereinigt hatte, daß statt der Sache selbst eine Aversionalsumme als Aequivalent für den zweifelhaften Erfolg angenommen wurde. Für die Vertheilung der praestationes personales blieb dies übrigens ganz gleich, da die gemeinsame Vertheilung derselben nach den Grundsätzen des judicium fam. erciscund. erfolgen mußte, gleichviel ob die Sache selbst bei der Erhebung des Prozesses noch vorhanden oder bereits verloren gegangen war.

Die nämliche Frage, in wie weit res postliminii, welche sich im Augenblicke bei den Feinden befanden, in die Abschätzung hineinzubringen seien, mußte sich hinsichtlich der Berechnung der Quarta Falcidia ergeben. War die feindliche Occupation der fraglichen Sache erst nach dem Tode des Erblassers erfolgt, so mußte der Erbe sich dieselbe, wie jede durch Casus verloren gegangene Sache, in der Berechnung des Gesammtbetrages der

Erbschaft mit anrechnen lassen[1]). Waren die Sachen dagegen vor dem Tode des Erblassers in feindliche Gewalt gefallen, so kam es darauf an, ob sie bereits in dem Augenblicke, wo die Erbschaft zum Zwecke der Bestimmung der Quarta Falcidia geschätzt wurde, bereits wieder jure postliminii zurückgekehrt waren oder nicht. Für den ersten Fall wurden sie in die Erbschaft sogleich mit eingerechnet, weil man rückwärts dieselben auch in jedem Augenblicke, also auch im Augenblicke des Todes des Erblassers in seiner vollen rechtlichen Herrschaft befindlich gewesen und keineswegs als einen neuen Erwerb, ähnlich den Früchten u. s. w. betrachtete[2]). Wäre dagegen die res postliminii noch nicht wieder in Römische Herrschaft zurückgefallen gewesen, so wurde offenbar zu den nämlichen Mitteln gegriffen, welche man bei einen judic. familiae erciscundae anwendete. Man schlug entweder den zweifelhaften Erfolg zu einer bestimmten Summe an, oder legte den wirklichen Werth der Sache zu Grunde und half sich mit Stellung einer Caution[3]).

Von Interesse ist schließlich hier noch die Frage, ob der frühere Dominus einer in feindliche Gefangenschaft gerathenen Sclavin jure postliminii auch auf das während der Gefangenschaft von ihr geborene Kind Anspruch habe[4]). Eine directe Entscheidung dieser Frage findet sich unseres Wissens in den Quellen nicht. Dagegen besitzen wir allerdings eine Stelle, welche dieselbe Frage in Bezug auf das während der Gefangenschaft geborene Kind einer statulibera beantwortet und ihrem Inhalte nach auch auf die Entscheidung der ersten Frage

1) arg. fr. 30. pr. Dig. ad legem Falcidiam XXXV. 2.

2) fr. 43. Dig. eod. Servi, qui apud hostes sunt, post mortem testatoris reversi, quod ad Falcidiam pertinet, locupletiorem faciunt hereditatem.

3) arg. fr. 73. §. 1. Dig. eod. —

4) Bei anderen Erzeugnissen einer zu den Feinden gekommenen Sache konnte diese Frage nicht wohl erhoben werden, weil ihnen der Begriff der res postliminii abging.

schließen läßt. Die Stelle ist fr. 6. §. 1. 2. Dig. de statulib. XL. 7. von Ulpian:

> Quid tamen si qua conceperit in libertate, deinde ab hostibus capta peperit ibi post existentem conditionem, an liberum pariat? Et interim quidem, quin servus hostium sit, nequaquam dubium est; sed verius est postliminio eum liberum fieri, quia si mater in civitate esset, liber nasceretur. Plane si apud hostes eum concepisset, benignius dicetur competere ei postliminium et liberum eum esse.

In dem vorausgehenden Principium der Stelle ist der Fall entschieden, wenn eine statulibera serva poenae geworden war und nach der Verurtheilung und dem darauf erst erfolgten Eintritt der im Testamente ihr gesetzten Bedingung für Erlangung der Freiheit ein Kind geboren hatte. Hieran wird von Ulpian der sehr ähnliche Fall einer gefangenen statulibera gefügt. Das Bedenkliche bei diesen Fällen war, daß die mater statulibera sich eigentlich in doppelter Sclaverei befand, derjenigen, welcher sie als statulibera unterlag, und derjenigen, welche die Folge der Dammation resp. der Gefangennehmung war. Für das Letztere unterscheidet Ulpian bestimmt den Fall, wo die Conception des partus vor, und den Fall, wo dieselbe erst nach dem Acte der Gefangennehmung erfolgt war. In beiden Fällen war so viel gewiß, daß das Kind durante captivitate als Sclav der Feinde galt, selbst wenn das Kind erst nach eingetretener Bedingung geboren war. Kehrte aber darauf das so post existentem conditionem geborene Kind jure postliminii zurück, so wurde der Unterschied wegen der Zeit der Conception von Wichtigkeit. War das Kind schon in civitate von der statulibera concipirt gewesen, so entscheidet Ulpian mit Bestimmtheit, daß ihm das jus postliminii zustehe. Die Folge des postliminium war aber hier zugleich die Freiheit des Kindes; denn wenn es auch

nur als Embryo einer Sclavin zu den Feinden gelangt war, so würde es doch frei geboren worden sein, wenn die Mutter stets, wie ja das jus postliminii fingirte, in civitate verblieben wäre, da die Geburt erst post existentem conditionem erfolgt war [1]). Anders hätte freilich eigentlich entschieden werden müssen, wenn das Kind erst während der feindlichen Gefangenschaft von der Mutter concipirt worden war. Dabei konnte man sich nicht auf das Postliminium berufen, weil das Kind in keiner Gestalt vorher in civitate existirt hatte. Benignius entschied man sich jedoch auch hier für das Postliminium und die Freiheit des Kindes, gleich wie wenn die Conception schon in civitate erfolgt wäre.

Wenn diese Grundsätze über die Anwendung des postliminium bei den Kindern von statuliberi galten, so ist gewiß kein Grund vorhanden anzunehmen, daß die Grundsätze bei den Kindern gefangener Sclaven andere gewesen seien. Nur mußte freilich das jus postliminii eine andere Wirkung bei ihnen äußern; denn statt frei zu werden, kehrten sie jure postliminii wieder unter die Herrschaft ihrer Herren zurück. Ob freilich dies so ganz allgemein in Hinsicht des Sclavenkindes, welches erst nach der Gefangennehmung von der Mutter concipirt worden war, angenommen wurde, bleibt hierbei noch zweifelhaft, da Ulpian in diesem Falle auch für das Kind der statulibera nur benignius das Postliminium eintreten läßt und diese billigere Entscheidung zu ihrem Grunde auch nur den favor libertatis haben könnte, eine Rücksicht, welche in jenem Falle wegfallen würde [2]). Die nämlichen Entscheidungen würden auch dann eintreten, wenn das Kind der statulibera

1) Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt; sufficit enim liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licet ancilla concepit. fr. 5. §. 2. Dig. de statu hominum I. 5.

2) Die Folge hiervon würde sein, daß man dann nicht dem früheren Dominus der Sclavin, sondern dem ersten Occupanten das Recht über das Kind zusprechen müßte.

nicht post existentem conditionem, sondern schon vor Eintritt der Bedingung geboren worden wäre, da diese Kinder ganz wie Kinder einer Sclavin behandelt werden[1]).

§. 10.

VII. Insbesondere von der redemtio ab hostibus.

Es ist oben der Satz aufgestellt worden, daß es im Allgemeinen für den Eintritt des jus postliminii völlig gleichgültig gewesen sei, auf welche Art und Weise die Rückkehr des gefangenen Römers oder die Wiedererlangung der feindlich occupirt gewesenen Sache bewirkt wurde. Mochte die Rückkehr vi, fallacia oder durch freiwillige Dimission von den Feinden, oder mochte sie durch bewaffnete Befreiung herbeigeführt worden sein: in jedem Falle trat die fictio postliminii alsobald ein, als der früher freigewesene Römer unter den Schutz, die Sache unter die Herrschaft der Seinigen zurückgekehrt war[2]). Allein es gab einen Fall, in welchem dieser allgemeine Grundsatz doch eine wesentliche Modification erlitt, den Fall nämlich, in welchem die Befreiung des Römers oder die Wiedererlangung der Sache nur durch Loskauf, redemtio, ermöglicht worden war.

Eine solche Auslösung konnte auf Staatskosten erfolgen; dann bedurfte es dazu eines besonderen Volksschlusses, deren die Römischen Geschichtsschreiber mehrere erwähnen, obgleich die Comitien der älteren Zeit solchen Auslösungen im Allgemeinen keineswegs sehr günstig waren. Sie konnte aber auch auf dem Wege einer Privatübereinkunft geschehen, indem sich ein Römer erbot, für den Gefangenen oder für die abgenommene Sache eine bestimmte Geldsumme zu leisten. Der Loskauf von Gefangenen dieser Art war wenigstens späterhin sehr privilegirt.

---

1) fr. 16. Dig. de statulib. — v. Madai, S. 155. 156.

2) fr. 26. Dig. h. t.

Schenkungen, welche unter diesem Modus an eine Person gemacht wurden, bedurften nach Justinians Bestimmung keiner Insinuation [1]). Gewissen Personen war der Loskauf ausdrücklich zur Pflicht gemacht [2]) und für den Fall der Unterlassung trafen sie gesetzliche Nachtheile [3]). Was jedoch uns hier am meisten interessirt, ist, daß der redemtus gegenüber dem redemtor in ein Gewaltsverhältniß trat, welches dazu bestimmt war, den Redemtor wegen der für die Redemtion hingegebenen Summe sicherzustellen [4]), über dessen eigentliche Natur aber die Meinungen nicht vollständig feststehen.

Um die besonderen Rechte eines Redemtor zu erwerben, war es unbedingt nothwendig, daß der Redemtor die res postliminii von den Feinden auf dem Wege einer Uebereinkunft durch Hingabe eines Vermögens-Objectes erworben hatte. Wenn überhaupt das ganze Recht nur zu dem Zwecke eingeführt war, den Redemtor wegen dieses, aus seinem Vermögen genommenen Redemtionspretiums sicherzustellen, so mußte natürlich dasselbe überall wegfallen, wo der Gefangene ohne allen Contract freiwillig von den Feinden einem Römer überliefert worden war [5]), noch mehr natürlich, wo der Gefangene seine Befreiung dem Siege der befreundeten Waffen zu verdanken hatte [6]).

1) fr. 34. pr. 36. pr. Cod. de donationibus VIII. 53. — Die dos kann zu dem Zwecke auch durante matrimonio zurückgegeben werden. fr. 20. Dig. sol. matr. XXIV. 3.

2) So den Clienten und Freigelassenen gegenüber ihren Patronen. Vgl. Walter, Röm. Rechtsgesch. §. 13. § 468.

3) Unter Descendenten und Ascendenten bildet die Verletzung dieser Pflicht einen genügenden Enterbungsgrund. Nov. 115. c. 3. Vgl. auch fr. 7. Dig. de cond. inst. XXXVIII. 7.

4) c. 20. Cod. h. t. „ne quando damni consideratio in tali necessitate positis negari faciat emtionem." —

5) c. 5. Cod. h. t. Quum non redemtum ab hostibus filium tuum, sed sine ullo contractu traditum a barbaris praefecto legionis dicas, postliminii jus locum habuit, et illico ingenuitati suae reddi eum praeses provinciae jubebit.

6) c. 12. Cod h. t. Ab hostibus capti, et non commercio redemti, sed virtute militum nostrorum liberati illico statum, quem captivitatis casu amiserant, recipiunt; servi autem dominis suis re-

Selbst aber in den Fällen, in welchen wirklich eine Redemtionssumme gezahlt worden war, konnte das Recht cessiren; die Redemtio mußte mit dem bestimmten Vorbehalt geschehen sein, die dafür hingezahlte Summe späterhin von dem Redimirten oder dem Herrn der redimirten Sache zurückzuforbern. Ließ sich dagegen nachweisen, daß der Redemtor animo pietatis gehandelt habe, so trat der Redimirte sogleich vollständig in seine Rechte wieder ein [1]). Dasselbe war offenbar auch da anzunehmen, wo der Redemtor animo donandi die Redemtionssumme gezahlt hatte, und vielleicht galt dieser Grundsatz auch für alle die Fälle, in denen dem Redemtor eine rechtliche Verpflichtung zur Redemtion gewisser Personen oblag. Was aber die rechtlichen Folgen einer wirklichen, commercio geschehenen Redemtion anlangt, so werden hier zunächst die Grundsätze, welche bei der Redemtion früher freigewesener Personen galten, von denen, welche bei der Redemtion der übrigen res postliminii zur Anwendung kamen, zu trennen sein.

Man kann besonders zwei Meinungen über die Natur des rechtlichen Unterwürfigkeitsverhältnisse unterscheiden, in welche der Redemtus gegenüber dem Redemtor trat. Die eine, in neuerer Zeit von Zimmern [2]) vertretene, gibt dem Redem-

---

stituentur. Receptos enim eos, non captos judicare debemus, et milites nostros defensores eorum decet esse, non dominos.

1) c. 17. Cod. eod. Liber captus ab hostibus ut commercio redemtus tunc demum, quum pretium solverit, vel ei hoc qualicunque remittatur judicio, statum pristinum recipit. Quo genere matre filium redimente, quum hujusmodi contractus non de mercede, sed de tristitia repudianda cogitatur, voti recipiendi filium cogitatio cum optabili conditione filium illico matri restituit, ita ut a civilium obsequio munerum propter casum praeteritum filius non excusetur. Pro pietatis itaque ratione ab hostibus redemto filio, facti te poenitere ac de pretio quidquam tractâre non convenit; dotem tamen ab eo debitam jure concesso reddi postulas. —

2) Geschichte d. R. Privat-Rechts, Bd. I. §. 196. Im Verlaufe seiner Darstellung gebraucht er freilich dafür auch den Ausdruck „Pfandnexus".

tor nur ein Retentionsrecht, welches den Redemtor berechtigt, dem Redemtus so lange den vollen Gebrauch seiner Ingenuitäts- und Freiheitsrechte zu enthalten, bis er hinsichtlich der Redemtionssumme vollständig befriedigt ist. Diese Ansicht stützt sich besonders auf die Ausdrücke jus pignoris [1]), vinculum pignoris [2]), welche zur Bezeichnung der Rechte des Redemtor in den Quellen mehrfach vorkommen. Allein abgesehen davon, daß schon die angeführten Ausdrücke auf ein weiter gehendes Recht, als die bloße Befugniß zu retiniren hindeuten, wird in anderen Stellen das Recht des Redemtor am Redemtus entweder geradezu als eine potestas [3]) bezeichnet oder wenigstens mit den Potestätsverhältnissen in Vergleichung gebracht [4]), was sich ebenfalls mit dem Gedanken eines bloßen Rechtes, den Gebrauch der Freiheit vorzuenthalten, nicht vereinigen läßt. Dazu kommt, daß im Einzelnen dem Redemtus Rechte abgesprochen werden, zu deren Erklärung selbst die Annahme eines Pfandnexus nicht ausreicht, wie z. B. das Recht, als Zeuge bei der Testamentserrichtung des Redemtor zu fungiren [5]).

Die richtigere Ansicht ist bereits von A. Faber [6]) und Retes [7]) mit völliger Klarheit aufgestellt, welche beide annehmen, daß im Falle einer Redemtion der Eintritt des jus postliminii nicht schon mit dem Augenblicke der Rückkehr, sondern erst mit der Bezahlung der Redemtionssumme eingetreten sei

---

1) fr. 15. 19. §. 9. Dig. h. t. fr. 21. c. 8. 11. Cod. eod.

2) c. 2. 13. Cod. h. t.

3) fr. 20. §. 1. Dig. qui testam. fac. poss. XXVIII. 1. Potestatis autem verbum non solum ad liberos, qui sunt in civitate, referendum est, verum etiam ad eum, quem redemit ab hostibus, quamvis placeat, hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat.

4) c. 17. Cod. cit.

5) fr. 20. §. 1. cit.

6) Jurisprudentia Papinianea XI. 8. 11.

7) a. a. O. pag. 301.

und danach der Redemtus bei den Redemtor rechtlich in der nämlichen Stellung verblieb, welche man ihm während des Aufenthaltes bei den Feinden anwies. Der Redimirte hatte die Füglichkeit, durch Bezahlung der Redemtionssumme sich seine alte Stellung sofort wieder zu verschaffen; allein bis dahin blieb in seinen rechtlichen Verhältnissen Alles so bestehen, wie es während der Gefangenschaft bestanden hatte.

Dieser Ansicht sind zunächst diejenigen Stellen, welche von einem jus pignoris, vinculum pignoris sprechen, in keiner Weise widerstrebend. Durchsieht man den Inhalt jener Stellen näher, so ergiebt sich, daß dieselben nur gebraucht wurden, theils um das Hypothetische des Verhältnisses, welches in der Voraussetzung der noch nicht getilgten Redemtionsschuld liegt, zu bezeichnen, theils um vor der Annahme zu bewahren, als ob in dem Redemtionsverhältnisse eine gleiche Herrschaft über den Redemtus, wie über einen römischen Sclaven ausgeübt würde. Den wahren Gedanken aber, von welchem man bei der Beurtheilung dieses Verhältnisses auszugehen hat, geben deutlich die Worte Ulpians in fr. 20. §. 2. Dig. h. t. an:

> Redemtio facultatem redeundi [1]) praebet, non jus postliminii mutat.

Mit eben solcher Bestimmtheit wird dies in dem Anfange eines Rescripts von Diocletian und Maximinian gesagt:

> c. 17. Cod. h. t. Liber captus ab hostibus et commercio redemptus tunc demum, quum pretium solverit, vel ei hoc qualicumque remittatur judicio, statum pristinum recipit —

und in einer dritten Stelle von Ulpian werden die ab hostibus redempti demjenigen, welche in gutem Glauben sich in faktischer Sclaverei befinden, an die Seite gestellt:

1) Einige haben hier reluendi für redeundi lesen wollen. A. Faber, a. a. O. billigt nicht, wie Retes glaubte, diese Emendation, sondern verwirft sie im Gegentheil als eine völlig unnöthige.

fr. 8. Dig. de re militari XLIX. 16. Qui status controversiam patiuntur, licet revera liberi sunt, non debent per id tempus nomen militiae dare, maxime lite ordinata, sive ex libertate in servitutem, sive contra petantur; nec hi quidem, qui ingenui bona fide serviunt, sed nec qui ab hostibus redemti sunt, priusquam se luant.

Legt man aber diese Grundanschauung dem Verhältnisse des Redemtus zu dem Redemtor zu Grunde, so ergeben sich die Anwendungen hiervon aus den oben über den Zustand eines Bürgers während feindlicher Gefangenschaft gegebenen Ausführungen von selbst. Keiner weiteren Bemerkung bedarf es dabei, daß dabei an einen eigentlichen Sclavenstand nicht gedacht werden konnte. Die Herrschaft des Redemtus über den Redemtor war allerdings eine potestas, aber sie gab ihm nur ein Verfügungsrecht über den Körper desselben, nicht über seine vermögensrechtliche Persönlichkeit, sein jus, und darin gerade unterschied sie sich charakteristisch von der Gewalt des Mancipiums, mit dem sonst das Verhältniß vielleicht äußerlich am ersten zusammengestellt werden kann. Daß selbst Römer aber der Idee einer wirklichen Sclavenherrschaft nicht ganz fremd waren, zeigt das Rescript Diocletians an einen gewissen Eutychius, in welchem aus Veranlassung eines Falles die Meinung ausdrücklich reprobirt werden mußte, als wenn etwa der Redemtor nach Auflösung des Redemtionsrechtes von dem Redemtus die nämlichen Rechte, wie von einem Libertus, beanspruchen dürfe [1]). Immer blieb das Verhältniß auch ausschließlich auf die Person des Redemtus selbst beschränkt. Kinder des Redemtus wurden daher, den Fall abgerechnet, wo sie vielleicht zugleich mit den Eltern durch die Redemtionssumme erworben worden waren, nicht in die Potestas mit hereingezo-

1) c. 11. Cod. h. t. Si liberum captum te ab hostibus commercio redemit Sabinus, et eum vinculum pignoris superstitem remisisse tibi probetur, non libertus effectus, sed ingenuitati, quam amiseras, restitutus, nullum filiis ejus obsequium debes.

gen; ja dies erfolgte selbst dann nicht, wenn eine Redemta, während sie noch der Potestas unterlag, ein Kind gebar [1]).

Wie alt diese Grundsätze hinsichtlich einer redimirten Freien sind, ob sie stets dieselben waren, läßt sich nicht bestimmen [2]). Die Quellen erwähnen keine Umänderung, welche mit ihnen vorgegangen wäre. Anders steht es dagegen mit den Grundsätzen, welche sich auf die Redemtion eines gefangenen Sclaven oder anderer res postliminii beziehen. In Hinsicht der letzteren wird ausdrücklich zwischen einem vetus jus und einem neueren, welches auf eine Constitution von Septimius Severus und Caracalla gegründet wird, unterschieden [3]). Den Grundsatz des neueren Rechtes gibt Tryphoninus uns in fr. 12. §. 7. Dig. h. t. an:

> Si quis servum captum ab hostibus redemerit, protinus est redimentis, quamvis scientis, alienum fuisse; sed oblato ei pretio, quod dedit, postliminio rediisse aut receptus esse servus creditur.

---

1) c. 8. Cod. h. t. Praeses provinciae, ne ulterius in servitutis jugo detinearis, curae habebit. Qui pro solertia sua parum ignorat, filiorum tuorum statum tueri, quos postea, quam redemta es, enixam te esse significas, quum eos, qui post redemtionem nascuntur, ne pignoris quidem vinculo ob pretium, quod pro his datum non est, teneri nullis auctoribus visum est. — c. 16. Cod. eod. Commercio redemtae feminae filios, licet ex servo medio susceptos tempore, origini ingenuitatis matris juxta ea, quae benigne placuerunt, reddi convenit. —

2) Zimmern S. 722 nimmt an, daß dieselben so alt, wie das postliminium selbst seien. Dies ist wohl etwas zu viel gesagt, da die ältere Zeit den Redemtionen nicht günstig gewesen zu sein scheint.

3) fr. 12. §. 9. h. t. (S. 169. Not. 1.) — certe et veteri juri etc. — Die beiden Kaiser werden nicht ausdrücklich genannt. Allein daß diese die Urheber der Constitution gewesen sind, kann daraus geschlossen werden, daß in §. 17. dess. Fragm. von diesen beiden Kaisern eine besondere Bestimmung über die Redemtion eines redimirten de metallis captus erwähnt und dabei mit Bezug auf das Vorhergehende bemerkt wird, daß dies auch von den Kaisern Severus und Caracalla verordnet worden sei. —

Nach diesem Satze bestand das Recht des Redemtor an redimirten Sclaven in einem vollkommenen Eigenthumsrechte, das so lange andauerte, als nicht die schuldige Redemtionssumme von dem früheren Dominus des Sclaven ersetzt worden war. Vergleicht man dies mit dem über die Redemtion eines Freien geltenden Rechte, so ergiebt sich leicht die vollkommene Analogie beider, indem auch bei dem redimirten Sclaven der Eintritt des jus postliminii von der Wiedererlangung hinweg auf die Zeit der Bezahlung des Redemtionspreises überdatirt wird. Schwerlich würde sonst auch auf eine andere Weise die eigenthümliche Erscheinung erklärt werden können, daß hier einmal ein Besitzer, der vollkommene Kenntniß davon hat, daß eigentlich die von ihm besessene Sache einem Anderen eigenthümlich zugehört, demnach als Dominus über die Sache anerkannt wird.

Tryphoninus hat in Anschluß an den mitgetheilten Satz die Anwendung desselben durch mehrere Fragen hindurchgeführt, welche besonders darauf hinausgehen, die vielfachen Zweifel zu lösen, welche sich über das Verhältniß des jetzigen Herrn zu dem wahren Dominus der Sache ergeben mußten.

Hierher gehört die Frage, ob es als rechtlich möglich anzunehmen sei, daß das Recht des Redemtor oder seiner Successoren in jedem Augenblicke, ohne zeitliche Beschränkung, durch Offeriren der Redemtionssumme von dem ursprünglichen Eigenthümer aufgehoben werden könne, oder demselben nach Ablauf der gehörigen Usucapionszeit der Erwerb des Redemtor kraft eigenen Ersitzungsrechtes entgegengehalten werden dürfe. Man mußte bei dieser Frage deshalb in eine eigene Lage kommen, weil man nicht wohl von der Usucapion einer Sache sprechen konnte, welche bereits rechtlich als eigene Sache des jetzigen Besitzers galt. Andererseits lief man durch Leugnung der Möglichkeit, zu usucapiren, Gefahr, damit sehr wohl begründeten Rechten die Anerkennung zu versagen, da nach Tryphoninus ausdrücklicher Versicherung doch das Recht vor der

durch Severus erlassenen Constitution diese Möglichkeit anerkannt und doch andererseits die neue Constitution nur den Zweck gehabt hatte, die Rechte der Redemtoren an den redimirten Sachen noch mehr zu begünstigen und sicherer zu stellen, als vorher. Tryphoninus entscheidet sich daher dafür, daß allerdings, die bona fides des Redimenten vorausgesetzt, derselbe nach Ablauf der gesetzlichen Usucapionszeit die Sache, wenn auch nicht im eigentlichen Sinne usucapirt, doch von nun an so voll erworben habe, als wenn er bis dahin nur bonae fidei possessor des Sclaven oder der Sache gewesen wäre[1]).

Gleich zweifelhaft mußte die Frage sein, in wie weit es dem Redemtor zu gestatten sei, dem redimirten Sclaven durch Manumission die Rechte eines Liberten zu verleihen. Es war dabei möglich zwei Entscheidungen zu fällen: entweder die Frage geradezu zu bejahen, oder, indem man davon ausging, daß in der Manumission nur ein Verzicht des Redimenten auf die eigenen am Sclaven zuständigen Rechte liege, denselben nun unmittelbar in das Recht desjenigen zurückfallen zu lassen, der eigentlich jure postliminii die Herrschaft über denselben zu beanspruchen hatte. Für die erste Meinung hätte man sich auf die nackten Worte der Severischen Constitution, daß der Redemtor Eigenthumsrechte über den Redemtus habe, berufen können; eine etwas tiefere Ansicht der Sache müßte dagegen eigentlich für die zweite Ansicht entscheiden. Zwar wurde ein Sclav, wenn er

1) fr. 12. §. 8. Dig. h. t. At si ignorans captivum, existimans vendentis esse, redemit, an quasi usucepisse videatur, scilicetne post legitimum tempus offerendi pretii priori domino facultas sit? videamus. Nam occurrit, quod constitutio, quae de redemtis lata est, eum redimentis servum facit, et, quod meum est, jam usucapere me intelligi non potest; rursum quum constitutio non deteriorem causam redimentium, sed aliquo meliorem effecerit, perimi jus bonae fidei emtoris vetustissimum, et iniquum, et contra mentem constitutionis est. Ideoque transacto tempore, quanto, nisi constitutio eum proprium fecisset, usucapi potuisset, nihil ex constitutione domino superesse recte dicetur.

während der feindlichen Gefangenschaft von dem Feinde selbst manumittirt wurde, frei. Allein diese Freiheit konnte doch ihm nur bei dem feindlichen Volke selbst zuerkannt werden, sie modificirte nie die Grundsätze, welche über das jus postliminii galten, und sobald der Sclav wieder in die faktische Gewalt eines Römers kam, mußte er ohne Weiteres jure postliminii wieder unter die Herrschaft seines früheren Dominus zurückfallen. Noch mehr hätte man also dies annehmen sollen, wenn ein Römer selbst, der den Sclaven durch Redemtion erworben hatte, diese Manumission vornahm, wenn nicht etwa durch Ablauf der Usucapionszeit das Recht des ursprünglichen Dominus bereits zerstört war. Nichts desto weniger entscheidet Tryphonin, mit Rücksicht auf den favor libertatis, dafür, daß der Sclav in diesem Falle frei werden müsse. Daß der frühere Dominus dabei seiner Rechte verlustig ging, schien dadurch ausgeglichen, daß derselbe es sich selbst zuzuschreiben hatte, wenn er nicht früher Anstalt gemacht, durch Zahlung des Redemtionspretiums sein Recht wieder zu erlangen, und daß es mit der Begünstigung der Freilassungen nicht verträglich erschien, die Wirkung derselben von dem Belieben eines Dritten, nur hypothetisch Berechtigten, abhängig zu machen [1]).

---

1) fr. 12. §. 9. Dig. h. t. Manumittendo autem utrum desinit tantum dominus esse, et relictus ab eo servus in jus prioris domini redit, an et liberum eum facit, ne praestatio libertatis dominii fiat translatio? Certe apud hostes manumissus liberatur; et tamen si eum nactus dominus ipsius vetus intra praesidia nostra fuisset, quamvis non secutum res nostras, sed dum eo consilio venisset, ut ad illos reverteretur, servum retineret jure postliminii. Quod in liberis aliter erat; non enim postliminio revertebatur, nisi qui hoc animo ad suos venisset, ut eorum res sequeretur, illosque relinqueret, a quibus abiisset, quia, ut Sabinus scribit, de sua quaque civitate cuique constituendi facultas libera est, non de dominii jure. Verum hoc non onerat multum praesentem inspectationem, quia hostium jure manumissio obesse civi nostro, domino servi, non potuit; at is, de quo quaeritur, lege nostra, quam constitutio fecit, civem Romanum dominum habuit, et an ab eo possit libertatem assequi? tractamus. Quid enim, si

War der redimirte Sclav ein statu liber, so konnte man deshalb nicht unbedingt die Bestimmung der Severischen Constitution anwenden, weil der statu liber, als ein Mittelding zwischen Freien und Sclaven, von Zeit der ihm bedingt vermachten Freilassung die Hoffnung, zur Freiheit zu gelangen, stets in sich trägt und mit sich führt. Es concurrirten also bei ihm die Sätze über den redimirten Sclaven und den redimirten Freien. Man vereinigte sie dahin, daß der statu liber causam suam retinet [1]), d. h. auch bei dem Redemtor als statu liber gilt. So lange daher die Bedingung der testamentarischen Freilassung noch unentschieden war, übte der Redemtor an ihm die nämlichen Rechte, welche sonst dem Herrn eines statu liber zugesprochen worden. Der statu liber galt daher auch bei dem Redemtor pendente conditione als Sclav, jedoch so, daß er durch Erfüllung der auferlegten Bedingung augenblicklich frei werden kann, wodurch natürlich aber der Anspruch des Redemtor wegen der Redemtionssumme nicht verloren geht, sondern nur insoweit umgeändert wird, daß der Redemtor die Forderung jetzt gegen den freigewordenen Redemtus selbst hat. War dagegen dem redimirten Sclaven die Freiheit nur fideicommissarisch gegeben gewesen, so hielt man sich streng an den Inhalt der Constitution, welche bei redimirten Sclaven dem Redemtor die Eigenthumsrechte zusprach, wie sie bei den Feinden bestanden hatten. Während daher sonst

---

nunquam ille pretium ejus offerat? si nec conveniendi ejus sit facultas? liber erit servus, qui nullo merito suo poterit a domino libertatem consequi? Quod est iniquum et contra institutum a majoribus libertatis favorem. Certe et veteri jure, si ab hoc quis sciens alienum esse redemisset, alius bona fide emisset, usucapere, ad libertatemque perducere potuit, et isto quoque modo prior dominus, qui ante captivitatem fuerat, jus suum amittebat; quare igitur iste non habet jus manumittendi? — Für liber erit servus will Anton. Faber, Jurispr. Papinian. III. 4. 5. XI. 8. 9. semper erit servus lesen; eine unnöthige und zwecklose Emendation.

1) fr. 12. §. 10. Dig. h. t.

weder Alienation, noch Usucapion des fideicommissarisch freigelassenen Sclaven ein Hinderniß ist, daß der Sclav seine Freiheit verlangen kann [1]), wird gegenüber dem Redemtus dem Sclaven nicht eher dieser Anspruch gewährt, bevor nicht durch Zahlung der Redemtionssumme die Rechte des Postliminium dem Sclaven erworben worden sind [2]).

Zweifel erregte aber bei dem statu liber die Frage, woher der Statuliber die Mittel zur Erfüllung der Bedingung zu nehmen habe, wenn dieselbe auf ein dare einer Geldsumme ging. Die Beantwortung, welche Tryphonin hiervon in fr. 12. §. 11. Dig. h. t. gibt, gehört zu den Stellen, welche am schärfsten die Natur zeigen, die man dem Verhältnisse des Redemtus unterlegte:

> Quid ergo, si ita libertatem acceperat, si decem dederit, quaesitum est, unde dare debebit? quoniam et si concessum est statulibero de peculio dare, hoc tamen, quod apud hunc, qui redemit, habet, numquid vice illius sit, quod apud hostes quaesisset? Utique, si ex re illius aut ex operis suis quaesitum est. Ex alia autem causa parto peculio potest dare, ita ut conditioni benigne eum paruisse credamus.

Wenn es nämlich auch im Allgemeinen dem statu liber erlaubt war, aus jedem peculium zu zahlen [3]), so mußte es doch für den vorliegenden Fall deshalb Bedenken erregen, dem statu liber dies noch in Bezug auf das bei dem Redemtor erworbene Peculium einzuräumen, weil der Redemtor die nämlichen Rechte haben sollte, wie der feindliche Occupant, demnach also auch in Hinsicht des Peculiums eigentlich nur diejenigen rechtlichen

---

1) fr. 14. 21. Dig. de fideicomm. lib. XL. 8.

2) fr. 12. §. 14. Dig. de captivis. Si fideicommissaria libertas debita captivo fuerit, redemtus nondum eam petere potest, nisi redemtori satisfecerit.

3) v. Madai, die Statuliberi, S. 36 ff.

Grundsätze angenommen werden konnten, welche hinsichtlich des Peculiums anzunehmen gewesen wären, wenn der Sclav nicht redimirt, sondern bei den Feinden geblieben wäre. Nun war aber jedenfalls gewiß, daß ein gefangener statu liber sich während seiner Gefangenschaft dadurch, daß er aus seinem Peculium die bestimmte Geldsumme genommen und dem Berechtigten offerirt, nicht hätte befreien können, da bei den Feinden sicherlich diese ganze Statulibertinität nicht anerkannt wurde. Demnach konnte also, bei völliger Consequenz, dem redimirten statu liber nicht das Recht zugesprochen werden, aus dem Peculium, welches er bei dem Redemtor hatte, zu zahlen. Allein, offenbar bewogen durch einen favor libertatis, nahm man auch hier eine mildere Meinung an, ohne jedoch ganz von der consequenteren Ansicht zurückzutreten. Tryphoninus macht deshalb eine Unterscheidung zwischen dem peculium, welches der redimirte statu liber von anders her bekommen, und demjenigen, welches er, sei es ex re redemtoris oder durch seine operae, erworben hat. Hinsichtlich des letzteren blieb man ganz bei dem angenommenen allgemeinen Grundsatze stehen; bei einem Peculium der ersteren Art gestattete man dagegen allerdings die Zahlung, ita ut conditioni *benigne* eum paruisse credamus [1]).

War ein Sclav vor seiner Gefangennehmung verpfändet worden, so tritt die Wiederbelebung des Pfandrechtes ebenso bei einer Redemtion des Sclaven nicht sogleich mit dem Augenblicke der Wiedererlangung desselben, sondern erst nach Tilgung der Redemtionsschuld (post dimissum redemtorem) ein [2]). In der nämlichen Weise wird über einen redimirten

---

1) A. Faber, Jurisprudentia Papinianea XI. 8. 12. — v. Madai, die Statuliberi, S. 46. 47. Not. 18.

2) fr 12 §. 12. Dig. h. t. Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemtorem in veterem obligationem revertitur, et si creditor obtulerit ei, qui redemit, quanto redemtus est, habet obligationem et in propiorem (alii propriorem, alii

servus poenae entschieden. Der ad metalla damnatus wird wieder in seinen früheren Zustand jure postliminii versetzt. Wäre er aber redimirt worden, so kann der Redemtor ihn vorläufig sine poena sua beanspruchen, und die öffentliche Gewalt kann ihn nicht von demselben ad metalla abfordern, wenn nicht der Redemtionspreis bezahlt wird [1]). Es konnte daher auch, wie der angegebene Fall zeigt, die Anwendung des Grundsatzes über den redimirten Sclaven denselben im einzelnen Falle vorläufig in eine bessere Lage bringen, als er eigentlich bei sofortiger Anwendung des jus postliminii gekommen sein würde. Ein anderes, ganz ähnliches Beispiel gibt der Fall ab, wenn der redimirte Sclav vor der Gefangenschaft sich eines Verbrechens schuldig gemacht hatte, welches als Folge das zeitliche oder ewige Verbot seiner Freilassung nach sich zog, oder wenn er ausdrücklich nur unter der Bedingung, daß er nie freigelassen würde, verkauft gewesen war. Dieser Strafe wird der Sclav durch seine Gefangenschaft nicht enthoben; sie lebt jure postliminii für ihn mit der Rückkehr ebenso wieder auf, als wenn er nie sich in einer feindlichen Gefangenschaft befunden hätte. Aber da bei einer Redemtion der Eintritt des jus postliminii nicht mit der Wiedererlangung des Sclaven sofort, sondern erst mit der Luition der Redemtionssumme erfolgt, so ist es ganz consequent, wenn man den Redemtor durch diese Verbote nicht gebunden erachtete und ihm gestattete,

priorem) debiti causam, et in eam summam, qua eum liberavit, quasi ea obligatione quadam constitutione inducta, ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa, nisi quod in hoc conversa res est, et posterior, qui apud nos esset prior, quia eum servum, ut apud nos esset, effecit, ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.

1) fr. 12. §. 17. Dig. h. t. Ergo (vergl. §. 6. in d. folg. Note) de metallo captus redemtus in poenam suam revertetur, nec tamen ut transfuga metalli puniendus erit, sed redemtor a fisco pretium recipiet; quod etiam constitutum est ab Imperatore nostro et divo Severo. Vergl. auch fr. 6. Dig. h. t. —

den Sclaven bis zur Zahlung der Loskaufssumme als einen Freien zu behandeln [1]).

Da die Gewalt des Redemtor über den redimirten Sclaven ein wahres Eigenthum, über einen redimirten Freien wenigstens ein Potestätsverhältniß sächlicher Natur ist, so versteht es sich, daß die Gewalt nicht blos vererbt, sondern auch unter Lebenden durch Singularsuccession auf andere Personen übertragen werden konnte. Der Successor erhielt dann im Ganzen die nämlichen Befugnisse, welche der Redemtor ursprünglich durch den Loskauf erhalten hatte; in keinem Falle konnte aber dadurch dem Redemtus selbst oder dem jure postliminii berechtigten Herrn des redimirten Sclaven die rechtliche Möglichkeit genommen oder auch nur geschmälert werden, durch Zahlung des Redemtionspreises den Wiedereintritt des alten Rechtes herbeizuführen. Wenn daher auch der Redemtor sein Recht um einen höheren Preis veräußert hätte, als er selbst für den Redemtus an die Feinde gezahlt hatte, so konnte der Successor des Redemtor nichtsdestoweniger nicht die von ihm gezahlte Summe, sondern immer nur den wirklichen Redemtionspreis verlangen, wogegen es ihm unbenommen blieb, aus dem mit dem Redemtor abgeschlossenen Geschäfte seinen Regreß gegen den letzteren zu nehmen [2]). Umgekehrt wäre es ebenso gut denkbar gewesen, daß ein Redemtor sein Recht um einen geringen Preis an einen Anderen übertragen hätte. Eine specielle Entscheidung dieses Falles führen unsere Quellen nicht auf:

---

1) fr. 12. §. 16. Dig. h. t. Sed si in captivo servo talis praecesserat causa, quae ejus vel ad tempus vel in perpetuum libertatem impediret, nec redemtione ab hostibus mutabitur, veluti si in legem Faviam commisisse eum constiterit, vel ita venierit, ne manumitteretur, habebit autem interim sine poena sua eum, qui redemit.

2) fr. 19. §. 9. Dig. h. t. Si is, qui emat ab hostibus, pluris alii jus pignoris, quod in redemto habet, cesserit, non eam quantitatem, sed priorem redemtus reddere debet, et emtor habet actionem adversus eum, qui vendidit, ex emto.

allein es ist wohl anzunehmen, daß dann der Redemtus auch nur die geringere Summe zu zahlen hatte, wofür theils der allgemeine favor libertatis, theils, für die spätere Zeit wenigstens, das allgemeine Princip der lex Anastasiana spricht, deren Voraussetzungen hier sämmtlich vorlagen.

In der Regel war jedoch die Gewalt über einen Redemtus ein vorübergehendes Verhältniß von nur kurzer Dauer. Das Interesse des freien Redemtus sowohl als das des Dominus bei einem redimirten Sclaven gebot, sobald als möglich Alles anzuwenden, um den vollen Eintritt des jus postliminii herbeizuführen. Die Kaiserzeit hielt es für ihre Pflicht, durch mehrfache singuläre Rechtssätze diese Möglichkeit noch mehr zu erweitern. Als Beendigungsarten des Redemtionsrechtes finden sich hiernach in unseren Rechtsquellen folgende:

1) Die regelmäßige Art der Auflösung war die Bezahlung der Redemtionssumme selbst an den Redemtor. Der Redemtor konnte, wenn ihm die Summe in gehöriger Weise offerirt wurde, die Annahme derselben nicht verweigern, ohne sich der Gefahr auszusetzen, daß die Lösung des Redemtionsverhältnisses doch als eingetreten angesehen wurde. Diocletian und Maximian rescribiren darüber, daß in solchem Falle der praeses provinciae ohne Weiteres angegangen werden dürfe und dieser dann den säumigen Redemtor unter Anwendung geeigneter Mittel anzuhalten habe, dem Redemtus seine Rechte zu gewähren und jede weitere Störung in den Status-Verhältnissen desselben zu unterlassen.

c. 6. Cod. h. t. Quum et postliminii jus, et communis utilitatis ratio exigat, ut, si qui captus ab hostibus redemerint, accepto pretio redemtos suae ingenuitati restituant; proponasque, redemtorem tuum noluisse oblatum pretium a te vel ab alio accipere, praeses provinciae compellet eum legibus obtemperare, et recepto eo, quod pretii nomine dependitur, status securitatem non inquietare.

Wie aber zugleich aus dieser Stelle hervorgeht, war es dabei gleichgültig, ob die Offerte der Redemtionssumme durch den Redemtus selbst (resp. den Dominus der redimirten Sache), oder durch einen Anderen geschah, vorausgesetzt nur, daß dieser Andere die Bezahlung nicht in der Absicht, nun selbst das Recht am Redemtus zu erhalten, sondern dazu anbot, um für den Redemtus das jus postliminii eintreten zu lassen. War der Redimirte eine ursprünglich freie Person, so stand kein Hinderniß entgegen, daß derselbe unmittelbar aus seinem eigenen Vermögen die Schuld bezahlte; denn da der Redemtor lediglich die Rechte an dem Redemtus erhielt, welche die Römer auch den Feinden über den Gefangenen gaben, so blieb dies Vermögen der Macht des Redemtor gänzlich entzogen und der Redemtus selbst hatte es mit seiner Rückkehr intra praesidia offenbar in der Hand, die nöthigen Verfügungen zur Zahlung des Redemtionspretiums anzuordnen. Gesetzt aber den Fall, daß der Redemtus gar kein genügendes eigenes Vermögen gehabt hätte, um seine Auslösung zu bewirken, so ordnete ein besonderes Rescript von denselben beiden Kaisern an, daß es dem Redemtus favore ingenuitatis gestattet sein sollte, wenn sich ihm die Möglichkeit eines Erbschaftserwerbes darböte, auch noch vor seiner eigentlichen Standesrestitution diese Erbschaft anzutreten, damit er dann in den Stand gesetzt werde, aus diesem Erwerb den Redemtionspreis zu zahlen [1]).

Bei der Ausmittelung des Betrags der zu zahlenden Redemtionssumme konnte aber dadurch eine Schwierigkeit herbeigeführt werden, daß der Redemtor bei dem Loskauf die Summe gar nicht genau für jeden der einzelnen Redimirten für sich, sondern in einem allgemeinen Bauschquantum gezahlt hatte.

---

1) c. 15. Cod. h. t. Is, qui liber constitutus, captus ab hostibus commercio redimitur, etiam ante, quam restituatur, pro eo data pecunia, successionis jura sibi vindicare favore ingenuitatis potest, ut ex ea possit pretium pro se datum exsolvere.

In einem solchen gewiß nicht seltenen Falle wäre es unbillig gewesen, wenn man die Meinung hätte annehmen wollen, als könne das jus postliminii für den Redimirten nicht eher eintreten, bis nicht das ganze Quantum dem Redemtor von allen Betheiligten gezahlt worden sei. Der favor libertatis mußte auch hier nothwendig dazu führen, daß die Redemtionssumme für die einzelnen Personen zu berechnen war und mit der Zahlung dieses Theils hinsichtlich der betreffenden Person das Verhältniß als gelöst betrachtet wurde. Nur galt es dabei, ein richtiges Verhältniß ausfindig zu machen, wonach die ganze Summe auf die einzelnen Personen passend zu distribuiren war. In welcher Weise man hierbei verfuhr, zeigt namentlich eine Stelle von Tryphoninus in

fr. 12. §. 18. Dig. h. t. Si natum ex Pamphila legatum tibi fuerit, tuque matrem redemeris, et ea apud te pepererit, non videri te partum ex causa lucrativa habere, sed officio arbitrioque judicis aestimandum, constituto pretio partus perinde, atque si, quanto mater est emta, simul et partus venisset. Quodsi jam natum apud hostes, quod eo tempore, quo capiebatur in utero gerebat, cum matre redimatur ab eodem uno pretio, oblato tanto, quantum ex pretio, quod pro utroque unum datum est, aestimationem contingeret partus, videtur is postliminio reversus; multo magis, si diversi emtores utriusque extiterint, vel unius. Sed si suo quemque pretio redemerit, id offerri pro singulis oportebit redemtori, quod hosti pro quoquo datum est, ut separatim quoque postliminio reverti possint.

Tryphoninus nimmt die Gelegenheit zur Beantwortung der Frage von einem Falle, wo Jemandem ein partus ancillae vermacht wurde, die ancilla selbst aber, ehe sie gebar, in feindliche Gefangenschaft gerathen war. Da das Legat sich blos auf den partus bezog, so war das Interesse des Legatars auch lediglich darauf gerichtet, für diesen partus das jus postlimi-

nii und damit die Wirksamkeit seiner Legates herbeizuführen. War nun die Geburt des Sclavenkindes bereits während der feindlichen Gefangenschaft erfolgt, und Mutter und Kind, jedes für sich besonders, um einen bestimmten Preis redimirt worden, so konnte es keinem Zweifel unterliegen, daß hier die Auflösung des Redemtionsrechtes auch für jedes besonders durch Offerte der besonderen Redemtionssumme bewirkt werden konnte. Allein der Regel nach wird dies kaum geschehen sein; weit gewöhnlicher war es gewiß, daß Mutter und Kind zusammen um einen Preis verkauft wurden, und gewissermaßen mit Nothwendigkeit trat dies ein, wenn die Geburt noch bevorstand. Im ersten Falle sogut wie im zweiten, wenn darauf die Geburt des Sclavenkindes bei dem Redemtor erfolgte, bedurfte es einer Bestimmung, wie viel von der Redemtionssumme auf den partus zu rechnen sei, und dieser Berechnung war man selbst dann nicht überhoben, wenn der Legatar selbst der Redemtor gewesen war, weil er in solchem Falle, wenn nicht den partus selbst, den er nun schon zu Recht besaß, so doch die Aestimation desselben von dem Erblasser zu verlangen berechtigt war.

Von diesen verschiedenen Fällen behandelt Tryphoninus denjenigen, wo der Legatar selbst die noch schwangere Mutter redimirt hatte und darauf erst bei ihm die editio partus erfolgte, zuerst. Man hätte glauben können, daß hier hinsichtlich des partus ancillae ein concursus duarum causarum lucrativarum vorliege und deshalb der Legatar gegen den Onerirten keinen Anspruch weiter zu erheben habe [1]), weil jeder gezahlte Redemtionspreis doch zunächst nur für die Mutter und nicht auch für den, damals noch gar nicht existirenden, partus ancillae hingegeben worden sei. Allein mit Rücksicht auf die Begünstigung der Vermächtnisse überhaupt und darauf, daß in solchem Falle wohl der zu erwartende par-

1) fr. 17. Dig. de obl. et act.

tus mit in Anschlag gebracht wurde, entscheidet Tryphonin dahin, daß dem Legatar allerdings der Anspruch gegen den Onerirten auf Erstattung eines verhältnißmäßigen Theiles der Redemtionssumme freistehe. Dieser soll dann aber so berechnet werden, daß die Summe, welche für die Mutter gezahlt worden ist, als Preis für Mutter und Kind zugleich betrachtet und ex officio arbitrioque judicis bestimmt werde, wie viel hiervon als auf die Mutter, wie viel als auf das Kind bezahlt anzunehmen sei. Als zweiter Fall wird der angenommen, wenn die editio partus bereits bei den Feinden erfolgt, Mutter und Kind aber von einer und derselben Person, die hier nicht der Legatar selbst war, um eine ungetheilte Geldsumme redimirt worden war. Tryphonin entscheidet, daß hier die Berechnung ganz in der nämlichen Weise gemacht werden soll, und wenn dem Redimenten auch nur der auf den partus fallende Theil offerirt worden sei, für diesen denn allein schon das jus postliminii mit seinen Wirkungen eintrete. Wie hiernach zu entscheiden war, wenn der Legatar selbst redimirt hatte, ergibt sich von selbst. Zweifelhaft ist aber, was dann mit den Worten: multo magis, si diversi emptores utriusque extiterint, vel unius gemeint sein soll, wenigstens wenn man sie so liest, wie sie gewöhnlich gelesen werden, daß nach unius ein Punktum gesetzt wird.

Man könnte als den Sinn dieser Worte nur annehmen, daß damit die zwei Fälle gemeint sein sollten, entweder wo für Mutter und Sohn je verschiedene Redemtoren vorhanden, oder wo bis jetzt nur die Mutter oder das Kind allein redimirt worden war. Daß der zweite Fall gar nicht in den sonstigen Zweck und Sinn der Stelle hineinpaßt, bedarf wohl keiner näheren Erwähnung. War die Mutter allein redimirt, während das Kind noch bei den Feinden sich befand, so berührte dies die Frage gar nicht, welche über das postliminio redire des partus ancillae erhoben worden war, und es hieße Tryphonin eine unerträgliche Plattheit unterlegen, wenn man an-

nehmen wollte, daß er diesen Fall hier habe erwähnen wollen. Wäre das Kind allein redimirt und die Mutter noch in feindlicher Gefangenschaft gewesen, so paßt hierzu gar nicht, was im Hauptsatze von der arbiträren Abschätzung des Redemtionspreises je für Mutter und Kind besonders gesagt ist. Das Nämliche gilt auch für den Fall, wenn Mutter und Kind von verschiedenen Redemtoren losgekauft waren. Es scheint daher unbedingt nothwendig, eine Veränderung in den Worten eintreten zu lassen, um denselben einen genügenden Sinn beilegen zu können. Diese ist aber bereits von A. Faber in befriedigendster Weise vorgeschlagen worden. Statt unius nämlich ist unus zu lesen und das Punktum nach diesem Worte wegzulassen, so daß die Worte multo magis etc. nicht zu dem Vorhergehenden, sondern zu dem Folgenden zu beziehen sind. Als der verständliche Sinn dieses Endsatzes ergibt sich dann die Bemerkung, daß natürlich um so mehr, als durch jene arbiträre Schätzung in den oben angeführten Fällen ein postliminio redire für Mutter und Kind einzeln herbeigeführt werden konnte, auch für die andern Fälle dies durch Hinzahlung des besondern Redemtionspreises zu bewirken möglich sei, wenn entweder ganz verschiedene Redemtoren je für Mutter und Kind die Auslösung bezahlt hatten, oder zwar ein einziger, aber so, daß von ihm für Mutter und Kind besonders eine Redemtionssumme hingegeben worden war. Auf diese Weise sind nicht nur alle Schwierigkeiten hinsichtlich des Sinnes gehoben, sondern es wird auch der Darstellung des Tryphonin eine gewisse Abrundung durch das Anführen aller möglichen Fälle gegeben. Keinen Zweifel erleidet es aber wohl, daß alles das, was in diesem Paragraphen überhaupt in Anwendung auf Sclaven gesagt ist, ebenso gut dann als anwendbar gelten müßte, wenn es sich um die Lösung des Redemtionsverhältnisses bei ursprünglich freien Personen handelte.

War aber dann auf diese Weise die betreffende Summe für jedes Object oder Person mit Bestimmtheit festgestellt, so

konnte im Uebrigen nun der Redemtor, wie es scheint, verlangen, daß ihm diese Summe vollständig offerirt wurde, oder, mit anderen Worten, das jus postliminii trat nicht eher ein, als bis der Redemtor vollständig und in allen Theilen wegen seiner Forderung befriedigt war. Analogisch läßt sich dies schon aus der Bezeichnung des Potestätsverhältnisses über den Redemtus als ein quasi pignus oder vinculum pignoris schließen, indem man danach wohl berechtigt ist anzunehmen, daß man auch den beim Pfandrecht geltenden Satz, wonach das Pfandrecht erst mit gänzlicher Tilgung der Schuld aufhört, auch hier anwendete. Außerdem spricht dafür aber auch eine Entscheidung Tryphonins, welche aber für einen Fall zugleich ausnahmsweise die Möglichkeit eines zum Theil eintretenden Aufhörens der Gewalt über einen redimirten Sclaven anerkennt:

fr. 12. §. 13. h. t. Si plurium servus fuerat, et omnium nomine ei, qui redemit, restitutum pretium erit, in communionem redibit; si unius tantum, vel quorundam, nec omnium, ad eum eosve, qui solverunt, pertinebit, ita ut in portione sua pristinum jus obtineant et in parte ceterorum ei, qui redemit, succedant.

Ein jetzt redimirter Sclav hatte vor seiner Gefangennehmung im Miteigenthum Mehrerer gestanden. Man hätte denken können, daß es jedem der früheren Miteigenthümer auch für sich allein gestattet gewesen sei, durch Bezahlung der auf ihn fallenden Quote der Redemtionssumme sich wieder in den Besitz seines Rechtes zu setzen, ohne Rücksicht darauf, ob dies auch von den andern geschehe. Allein nach der Stelle wird auch hier jedenfalls gefordert, daß dem Redemtor das volle Pretium offerirt und gezahlt wurde. Erst unter dieser Voraussetzung wird die Rückkehr in communionem verheißen, und gerade auch für den Fall, wo nur von Einem der früheren Miteigenthümer die Einlösung geschah, so gesprochen, daß man deutlich erkennt, auf eine blos theilweise Zahlung habe sich der Redemtor gar nicht einzulassen gebraucht. Zahlte aber der eine

Mitinteressent einmal das Ganze, so kam es bei ihm allerdings zu einer blos theilweisen Aufhebung des Potestätsrechtes am Redemtus. Für seinen eigenen Theil nämlich trat nun das jus postliminii ein; für die anderen Theile aber galt er nur als Successor in die Rechte des Redemtus: eine Unterscheidung, die besonders von Wichtigkeit werden konnte, wenn frühere Pfandrechte an dem redimirten Sclaven hafteten [1]).

2) Der wirklichen Zahlung wurde es natürlich ganz gleichgeachtet, wenn der Redemtor freiwillig auf die Forderung verzichtete. War der Verzicht einmal ausdrücklich ausgesprochen worden, so konnte der Redemtor nicht wieder zu seinem Rechte zurückgreifen:

fr. 3. §. 3. Dig. de homine libero exhibendo XLIII. 29. Si quis eum, quem ab hostibus redemit, retineat, in ea causa est, ut interdicto non teneatur: non enim dolo malo fecit. Plane si offeratur pretium, interdictum locum habet. Sed et si eum remisit pretio non accepto, dicendum est, interdicto locum fore, si postea, quam semel remisit, velit retinere [2]).

Dieser Verzicht konnte auch in einer Anordnung von Todes wegen erfolgen. Die Quellen gebrauchen hier den Ausdruck, daß der Redemtus „sich selbst" legirt werden könne, was zu der Annahme berechtigt, daß hierbei besonders die Form des Vindicationslegates angewendet wurde:

fr. 43. §. 3. Dig. de leg. I. (Ulpianus libr. XXI. ad Sabin.) Qui ab hostibus redemtus est, legari sibi poterit, et proficit legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habuit, qui redemit [3]).

---

1) In Verbindung mit dieser Frage steht auch bei Tryphonin die ganze Stelle, da in §. 12. desselben Fragm. von dem Wiederaufleben der Pfandrechte an redimirten Sclaven die Rede ist. — Bei redimirten freien Personen konnte eine ähnliche Theilung begreiflich nicht vorkommen.

2) Vgl. auch c. 11. Cod. h. t. (oben S. 165. Not. 1.)

3) Unwillkürlich wird man übrigens bei dem Ausdruck sibi legari an

Aber auch stillschweigend, durch concludente Handlungen war eine Remission der Redemtionssumme denkbar, und dieser Gedanke offenbar ist es, welcher zu dem Satze führte, daß eine Heirath zwischen dem Redemtor und einer Redemta die Auflösung der Herrschaft des Redemtor über die letztere von selbst bewirke und damit den Eintritt des jus postliminii nach sich ziehe [1]). Ulpian entscheidet daher den Fall, wo ein Redemtor den aus einer solchen Ehe geborenen Sohn mit seiner Mutter späterhin noch durch besondere Manumission für frei erklärt hatte, ausdrücklich dahin, daß durch eine solche Manumission, indem sie an bereits freien Personen vorgenommen wurde, für den Status derselben kein Nachtheil entstehen könne und sie nichtsdestoweniger von Anfang an als Freie zu behandeln seien [2]).

---

die von V. Vangerow, über die Latini Juniani (Marb. 1833) S. 68. Not. 7. angeführten Stellen erinnert.

1) c. 2. Cod. h. t. (Gordianus) Ab hostibus redemti, quoad exsolvatur pretium, magis in causam pignoris constituti, quam in servilem conditionem esse detrusi videntur; et ideo si nummi eo nomine expensi donatio intercedat, pristinae conditioni eos reddi manifestum est. Proinde si ab hostibus redemtam post dissolutum veluti naturalis pignoris vinculum habere in matrimonio coepisti, nil est quod de statu ejus seu liberorum communium debeas pertimescere. — c. 13. eod. (Dioclet. et Maximian.) Si is, qui te ab hostibus ingenuam captam commercio redemit, sibi matrimonio conjunxit, dignitate nuptiarum et voto futurae justae sobolis vinculo pignoris tibi remisso, reddi natales pristinos rationis est.

2) fr. 21. pr. Dig. h. t. Si quis ingenuam ab hostibus redemtam eo animo secum habuerit, ut ex ea susciperet liberos, et postea ex se natum sub titulo naturalis filii cum matre manumiserit, ignorantia mariti ejusdemque patris neque statui eorum, quos manumisisse visus est, officere debet, et exinde intelligi oportet remissum matri pignoris vinculum, ex quo de ea suscipere liberos optaverat; ideoque eam, quae postliminio reversa erat, liberam et ingenuam ingenuum peperisse constat. Quodsi publice praeda virtute militum recuperata, nulli pretium matris pater numeraverit, protinus postliminio reversa non cum domino, sed cum marito fuisse declaratur. Ueber das letztere vgl. oben S. 161. Zu bemerken ist noch, daß dies Fragment, wie die in der vorigen Note citt. Constitutionen nur von dem Fall sprechen, wo eine Redemta

3) Da das Recht am Redemtus nur auf die Person desselben selbst beschränkt ist (siehe oben), so erklärt es sich auch, daß mit dem Tode des Redemtus oder dem Untergang der redimirten Sache die Berechtigung des Redemtor ihre Existenz verlor. Bei einem freigeborenen Redemtus nahm man an, daß derselbe statu recepto gestorben sei, und datirte die Zeit seines Todes im Anschluß an die Bestimmung, welche die lex Cornelia über die Beerbung von Römern, die in feindlicher Gefangenschaft verstorben waren, traf, auf den Augenblick zurück, in welchem der Redimirte in die feindliche Gefangenschaft gefallen war [1]). Indessen bestand doch für einen Fall über die Frage, ob nicht die Erben eines solchen Redemtus gehalten seien, die gegen den Erblasser begründete Obligation auf die Redemtionssumme zu übernehmen, unter den Römischen Juristen eine Meinungsverschiedenheit, deren Ulpian in fr. 15. Dig. h. t. Erwähnung thut:

Ulpianus libr. XII. ad Sabinum. Si patre redemto et ante luitionem defuncto, filius post mortem ejus redemtionis quantitatem offerat, dicendum est, suum ei posse exsistere, etsi forte quis subtilius dicat, hunc, dum moritur, quasi jure pignoris finito, nactum postliminium, et sine obligatione debiti obiisse, ut possit suum habere; quod non sine ratione dicetur.

Zimmern [2]) deutet die hier erwähnte Differenz der Ansichten

---

von einem Redemtor geehlicht worden war. Der umgekehrte Fall, wo die redimirte Person der männliche Theil war, ist damit nicht ausgeschlossen. Nur mochte die Sitte dem entgegenstehen.

1) Daß man in der That auch hierbei die fictio legis Corneliae anwendete, beweist fr. 1. §. 4. Dig. de suis et legitimis XXXVIII. 16. Quodsi filius apud hostes sit, quamdiu vivit, nepotes non succedunt. Proinde etsi fuerit redemtus, nondum succedunt ante luitionem; sed si interim decesserit, quum placeat eum *statu recepto* decessisse, nepotibus obstabit. Beide Fälle, der, wo der Kriegsgefangene in der Kriegsgefangenschaft, und wo er erst als Redemtus verstorben war, werden hier ganz gleich behandelt.

2) Gesch. d. Röm. Privatr. Bd. I. §. 196.

so, als ob die eine Meinung dahin gegangen wäre, jeder, wer erben wolle, müsse erst redemtionis quantitatem offeriren, wogegen die von Ulpian als die subtilere bezeichnete ebenso allgemein die Aufhebung des vinculum pignoris angenommen habe. Allein eine so ausgedehnte Beziehung läßt sich weder nach den übrigen Grundsätzen des Redemtionsrechtes, noch nach den eigenen Worten der Stelle rechtfertigen. Ulpian spricht nur von dem Falle, wo ein filiusfamilias als suus heres in das Vermögen des Redemtus succediren wollte, und in der That auch nur über diese Frage konnte wohl, wegen der Potestätsverhältnisse, worauf sich die Suität stützte, ein juristischer Zweifel erhoben werden, während kein Grund zu einem solchen bei anderen Erbberechtigten zu denken ist. Die Potestas über den Redemtus gab kein Recht an dem Vermögen desselben, sie erstreckte ihre Wirksamkeit lediglich auf die Person des Redemtus selbst. Wäre ein alieno juri subjectum esse damit verbunden gewesen, so würde das Recht schwerlich als vinculum pignoris bezeichnet worden sein, da ja dann der Redemtor ohne Weiteres sich hätte aus dem Vermögen befriedigen können. Es ist deshalb auch nicht einzusehen, wie nach dem Tode des Redemtus seinen Erben die Antretung der Erbschaft habe vorenthalten werden können, zumal da der Redemtor sie gewiß in den wenigsten Fällen in Besitz hatte. Dagegen konnte wohl die Entscheidung darüber zum Vorwurf einer Streitfrage gemacht werden, ob die früher in der Potestas des jetzt Redimirten befindlich gewesenen gleich mit dem Tode des Redemtus in diese Potestätsrechte als sui heredes wieder einrücken könnten oder nicht. Hier stand entgegen, daß der Redemtus im Augenblicke des Todes selbst noch in einer fremden Potestas sich befunden hatte, die erst durch Bezahlung der Redemtionssumme zu lösen war. Andererseits konnte man geltend machen, daß das jus pignoris sich nothwendig mit dem Untergange des Objectes, an welchem es haftet, endige, daß in Anschluß an den Satz,

daß der Redemtus im Wesentlichen in derselben rechtlichen Lage gedacht wird, wie der noch bei den Feinden befindliche Captivus; auch die Consequenz erfordere, die Fiction, welche den bei den Feinden Verstorbenen als im Momente der Gefangennehmung verstorben ansieht, auch bei dem Redemtus anzuwenden, daß demnach auch die Obligation wegen der Redemtionsschuld natürlich wegfalle und der Redemtus mit einem suus versterben konnte. Trotzdem daß offenbar die letztere Ansicht in einer folgerichtigeren Weise verfuhr, scheint praktisch die andere Ansicht die verbreitetere gewesen zu sein [1]).

4) Zur Strafe wird dem Redemtor das Recht an der Redemta abgesprochen und dieselbe der vollen Freiheit auf Anrufen des Präses Provinciä zurückgegeben, wenn der Redemtor die freigeborene Redemta prostituirt hat [2]).

5) In einer weitgreifenden Weise sorgten endlich die Kaiser Honorius und Theodosius durch eine Constitution vom J. 209 für die Redimirten, welche im Codex Theodosianus unter const. de postliminio (V. 5.) und im Justinianischen Codex als letzte Constitution des entsprechenden Titels aufgenommen worden ist [3]). Durch neue Einfälle der Bar-

---

1) Anders nach den Basiliken (Lib. XXXIV. Tit. I. 11.), wie das Register andeutet: — καὶ ὅτι ἀποθνήσκοντος τοῦ ἐκ τῶν πολεμίων ἀγορασθέντος λύεται τὸ ἐπ᾽ αὐτῷ ἐνέχυρον.

2) c. 7. Cod. h. t. (Diocletianus et Maximianus) Foedissimae mulieris nequitia promovemur. Quum igitur filiam tuam ab hostibus captam ac prostitutam ab ea, quae eam redemerat, ob retinendae pudicitiae cultum ac servandam natalium honestatem ad te confugisse proponas, praeses provinciae, si filiae tuae supradictam ab ea, quae sciebat ingenuam esse, inflictam cognoverit, quum hujuscemodi persona indigna sit pretium recipere propter odium detestabilis quaestus, etiamsi pretium compensatum non est, ex necessitate miserabili custodita ingenuitate natae tuae, adversus flagitiosae mulieris turpitudinem tutam eam defensamque praestabit. — Basilic. Lib. XXXIV. Tit. II. 6.

3) c. 2. Cod. Theodos. V. 5. (Ed. Haenel pag. 463—466.) Imperatt. Honorius et Theodosius. Diversarum homines provinciarum cujuslibet sexus, conditionis, aetatis, quos barbarica feritas captiva

baren veranlaßt verordneten die Kaiser, daß zwar nach wie vor die Redemti gehalten sein sollten, ihren Redemtoren die an die Feinde geleistete Loskaufssumme zu gewähren, wenn sie ihren früheren Status wieder erlangen wollten, daß aber den freigeborenen Redemti auch dann ihre Freiheit zu geben sei, wenn sie dem Redemtor fünf Jahre hindurch persönliche Dienste geleistet hätten. Im Uebrigen wurde an dem Sachverhältniß zwischen dem Redemtor und Redemtus Nichts geändert, wie sich theils daraus ergiebt, daß man die auf das frühere Recht sich stützenden Constitutionen unverändert daneben stehen ließ, theils daraus, daß in der Constitution selbst ausdrücklich auf das frühere Recht Bezug genommen wird. Für die Nichtbeobachtung der Vorschriften wurden aber zugleich strenge Strafen angedroht. Wurden die widerrechtlich Retinirten bei einem Pächter, Actor oder Procurator gefunden, so erlag derselbe der Strafe ad metalla deportirt zu werden;

(C. J. captivitatis) necessitate transduxerat, invitos nemo retineat, sed ad propria redire cupientibus libera sit facultas. Quibus si quicquam in usum vestium vel alimoniae impensum est, humanitati sit praestitum, nec maneat victualis sumptus repetitio; exceptis eis, quos barbaris vendentibus emptos esse docebitur, a quibus status sui pretium propter utilitatem publicam emptoribus aequum est redhiberi. Ne quando enim damni consideratio in tali necessitate positis negari faciat emptionem, decet redemptos aut datum pro se pretium emptoribus restituere aut labore, obsequio vel opere quinquennii vicem referre beneficii, habituros incolumem, si in ea nati sunt, libertatem. Reddantur igitur sedibus propriis sub moderatione, qua jussimus, quibus jure postliminii etiam veterum responsis incolumia cuncta servata sunt. Si quis itaque huic praecepto fuerit conatus obsistere actor, conductor procuratorque, dari se metallis cum poena deportationis non ambigat, si vero possessionis dominus, rem suam fisco noverit vindicandam seque deportandum. Et ut facilis executio proveniat, Christianos proximorum locorum volumus hujus rei sollicitudinem gerere. Curiales quoque proximarum civitatum placuit admoneri, ut emergentibus talibus, caussis sciant, legis nostrae auxilium deferendum, ita ut noverint rectores universi, decem libras auri a se et tantundem a suis apparitoribus exigendum, si praeceptum neglexerint.

wurden sie bei einem Grundstückseigenthümer selbst gefunden, so wurde mit der Strafe der Deportation zugleich die Confiscation der Güter verbunden. Mit der Aufsicht über die gehörige Beobachtung dieser Verordnung wurden die Christengemeinden der nächstgelegenen Ortschaften [1]) und die Curialen der nächsten Städte beauftragt. Ueberdies aber sollten auch die Rectoren der Provinzen darüber gehörig wachen, und im Unterlassungsfalle wurde auch ihren Canzleien eine Strafe von je zehn Pfund Goldes gedroht.

Zur Geltendmachung der Ingenuität eines Redimirten standen zwei Rechtsmittel zu Gebote. Als eine Popularklage war das **interdictum de homine libero exhibendo** Jedem gegeben, der zu Gunsten des Redemtus mit der Behauptung der Remission oder Luition der Redemtionssumme auftrat [2]). Aber auch der Redemtus selbst konnte durch eigenen Antrag bei dem Prätor oder Präses Provinciä auf Anerkennung seiner Ingenuität bringen [3]). Wagte er aber hierbei die Behauptung, daß er vom Redemtor nicht sowohl mit dem Gelde ebendieses, sondern vielmehr mit eigenem Gelde redimirt worden sei, und konnte er dies nicht erweisen, so wurde ihm eine besondere Strafe für diese lügenhafte Behauptung gedroht. Der Redemtus sollte dann entweder **sub poena vinculorum** dem Redemtor zurückgegeben oder auf Antrag des Dominus **ad metalla** condemnirt werden [4]).

---

1) Die hierauf gehende Stelle der Constitution ist noch als eine eigene Constitution (c. 11.) in dem Titel de episcopali audientia I. 4. aufgenommen: Christianos proximorum locorum volumus sollicitudinem gerere, ut Romanorum captivos, qui reversi fuerint, nemo teneat, nemo injuriis aut damnis afficiat.

2) fr. 3. §. 3. Dig. de homine libero exhibendo XLIII. 29.

3) c. 6. Cod. h. t.

4) fr. 38. §. 4. Dig. de poenis XLVIII. 19. Qui se suis nummis redemtum non probaverit, libertatem petere non potest; amplius eidem domino sub poena vinculorum redditur, vel si ipse dominus malit, in metallum damnatur. —

Abtheilung II.

Von der fictio legis Corneliae.

§. 11.

I. Entstehung der fictio legis Corneliae.

Das jus postliminii fand seine Bestimmung darin, Rechte, welche durch feindliche Gefangennahme oder Occupation in Zweifel gesetzt waren, bei dem Aufhören der feindlichen Gewalt denjenigen zurückzugeben, welche früherhin in dem Genusse dieser Rechte gewesen waren. Die Voraussetzung zum Eintritte des jus postliminii war dabei immer die, daß die Gewalt der Feinde durch die entgegengesetzte Gewalt wieder aufgehoben wurde; der gefangene Römer, wenn er des jus postliminii theilhaftig werden wollte, mußte zurückgekehrt, die occupirte Sache mußte wieder in die Hände der Römer zurückgefallen sein.

Diese Sätze reichten aus, soweit sie auf Sachen zu beziehen waren. Wurde die Sache nicht wieder erlangt, so blieb sie eben verloren. Anders dagegen, so weit es sich um früherhin frei gewesene Personen handelte. Der Gefangene konnte ein bedeutendes Vermögen zurückgelassen haben; es konnten an demselben Schulden und Forderungen haften. So lange hierbei die Hoffnung obwaltete, der Gefangene könnte noch zurückkehren, half das jus postliminii schon aus. Allein wenn

diese Hoffnung durch den Tod des Römers bei den Feinden abgeschnitten war, bedurften diese Verhältnisse noch einer besonderen Regelung. Diese Ordnung erfolgte aber, wie bei dem jus postliminii, unter Zugrundelegung einer juristischen Fiction: nach einem Cornelischen Gesetze wurde angenommen, daß der in feindlicher Gefangenschaft verstorbene Römer in dem Momente verstorben sei, in welchem er von den Feinden gefangen wurde. Nach diesem Grundsatze galt er nicht als servus hostium, sondern als freier Mann verstorben. Seine Beerbung war daher wie die eines Freien, aber auch gerade nach dem genannten Augenblicke zu bemessen.

Da diese Fiction, wie der Name fictio legis Corneliae, unter welchem sie in den Rechtsquellen vorkommt, beweist, nicht, wie das jus postliminii, auf altes Gewohnheitsrecht, sondern auf eine ausdrückliche positive Bestimmung gestützt wird, so liegt eine Erörterung der Frage nahe, wie es in solchem Falle vor dem Erlasse dieses Gesetzes gehalten worden sei, um so mehr, als man darauf auch eine Muthmaßung über das ungewisse Alter dieses Gesetzes gegründet hat. Bei der Beantwortung dieser Frage lassen jedoch uns die Quellen ganz im Stiche; sie führen die Fiction stets nur unter diesem Namen an, ohne je mit einer Silbe des früheren Rechtes zu gedenken. Es können daher auch hierüber nur Vermuthungen aufgestellt werden, zu welchen uns die allgemeineren Grundsätze hinzuführen haben.

Denkt man sich die positive Bestimmung der lex Cornelia hinweg, so konnte die Entscheidung eines solchen Falles in der That nicht anders ausfallen, als daß der in der Kriegsgefangenschaft Verstorbene, indem mit seinem Tode die Gewißheit seiner Nichtrückkehr eingetreten war, nun rückwärts von Zeit der Gefangenschaft an als Capitiedeminutus galt. Wenn die Römer, wie oben gezeigt, in Bezug auf Kriegsgefangenschaft und jus postliminii die nämlichen Rechte den Feinden einräumten, welche sie für sich in Anspruch nahmen, so konnte

dem Acte der Gefangennehmung keine andere Natur, als die einer capitis deminutio maxima beigelegt werden. Die vollen Wirkungen einer solchen wurden zwar wegen des im jus postliminii liegenden Hoffnungsrechtes suspendirt: diese Suspension mußte aber aufhören, sobald mit dem Tode des Gefangenen der Nichteintritt des jus postliminii gewiß geworden war, und folgeweise war nun auch die bis dahin ungewiß gelassene Capitisdeminution auf den früheren Zeitpunkt zurückzudatiren. Danach wurden aber auch die zurückgelassenen Güter des Kriegsgefangenen immer zu erblosen[1]). Denn gleichviel ob man an den Fall denkt, daß der Kriegsgefangene ein Testament hinterlassen, oder daß er ohne solches verstorben sei, so fehlte es in beiden an der wesentlichsten Bedingung einer möglichen Beerbung: der Freiheit des Verstorbenen. Das zurückgelassene Testament war zu einem irritum geworden; die ab intestato Berechtigten konnten nicht erben, weil es an dem Agnations=, ja streng genommen selbst an dem Cognationsband mangelte[2]).

Erwägt man freilich die Consequenzen, welche sich mit dieser Ansicht verbinden mußten, so muß dieser ältere Rechtszustand als ein sehr unvollkommener erscheinen. Nicht blos daß dadurch die Ansprüche der nächsten Verwandten auf das Erbvermögen äußerst gefährdet waren: noch mehr, sollte man denken, hätte die Rücksicht auf die Gläubiger des Kriegsgefangenen zu einer anderen Rechtsansicht hinführen müssen, welche bei dem gänzlichen Mangel eines gesetzlichen oder testamentarischen Erben Gefahr liefen, gar keine Befriedigung zu erhalten, wenn sie nicht zufällig durch Bürgen oder Pfandrechte sichergestellt waren. Indessen sind dabei zwei Punkte wohl nicht außer Anschlag zu lassen. Einmal war es, wie

1) Vgl. auch fr. 22. §. 1. Dig. h. t. Quodsi nemo ex lege Cornelia heres exstiterit, bona publica fient.

2) Vgl. Ulpian in fr. 3. §. 1. Dig. de verb. significat. (oben S. 6. Not. 1.).

schon oben erwähnt, gewiß von Alters her Sitte, sobald man gewiß war, daß ein Gefangener noch bei den Feinden lebte, einen Curator für die zurückgelassenen Güter bestellen zu lassen, der dann im Wesentlichen die Stellung eines **Curator absentis** einnahm und an den sich daher auch die Gläubiger halten konnten: zum Andern mochte sich wohl faktisch der Regel nach das Verhältniß so stellen, daß die nächsten Verwandten auch am ersten zu dem Vermögen griffen und bei der Vertheilung dann einen Grundsatz beobachteten, den die **lex Cornelia** späterhin nur als einen bereits bestehenden gesetzlich anerkannte und in präciser Form aussprach. Denn in der That bot sich der Gedanke, daß der Kriegsgefangene schon von Zeit seiner Gefangenschaft an als verstorben angesehen wurde, als ein sehr naheliegender dar[1]), und, was noch mehr sagen will, als ein solcher, welcher alle etwa bestehenden Zweifel über die Rechtsverhältnisse eines so Verstorbenen auf immer zu lösen im Stande war, indem er eine vollgültige civilistische Grundlage schuf. Stand es einmal fest, was man nach Ulpians Zeugniß in **fr. 18. Dig. h. t.** auf dieselbe gründete:

> **In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, quum captus est,**

so waren die Entscheidungen in den einzelnen Anwendungen leicht zu finden.

So gewiß es nun aber nach dem Namen, welchen die Fiction in allen Anführungen trägt, ist, daß ihre erste Einführung auf einen Gesetzgeber aus dem Geschlechte der Cornelier zurückzuführen ist, so wenig ist man doch über die Person des Urhebers selbst, wie über den eigentlichen Inhalt des Gesetzes einig. Die Meinungen der Rechtshistoriker divergiren hier so, daß die Einen nicht angestanden haben, das Gesetz bis in die Zeiten der Punischen Kriege zurückzuverlegen und

---

1) In fr. 209. Dig. de reg. jur. sagt Ulpian ganz allgemein: Servitutem *mortalitati* fere comparamus. Vgl. S. 110. Not. 1.

einem der Scipionen die Urheberschaft zuzuschreiben, während die überwiegende Zahl freilich den Dictator L. Cornelius Sylla als den Rogator auch dieser lex Cornelia betrachtet.

Bach[1]), der in neuerer Zeit nach dem Vorgange von Viglius Zuichemus[2]) die erstere Meinung in Schutz genommen, beruft sich für die Begründung derselben darauf, daß schon lange vor der Syllanischen Zeit sich das größte Bedürfniß, durch eine solche Fiction eine Ordnung in der Beerbung der Kriegsgefangenen zu schaffen, habe herausstellen müssen. Er erinnert in dieser Beziehung besonders an die Punischen Kriege, in denen oft eine so ungeheure Menge von Kriegsgefangenen erwähnt werde, während eine Rückkehr der Gefangenen damals nicht einmal gebilligt worden sei. Eine positive Bestätigung dafür, daß in der That damals eine der fictio legis Corneliae ähnliche Bestimmung getroffen worden sei, glaubt er in den bei Liv. XXVII, 21. und XXX, 19. mitgetheilten Erzählungen zu finden.

Der erste dieser Gründe beweist offenbar zu viel und deshalb für die specielle Zeitbestimmung der lex Cornelia Nichts; man würde mit diesem Grunde ebenso füglich noch weiter, bis auf die Königszeit zurückgehen können. Wie aber Retes[3]) und Hugo[4]) schon geltend gemacht haben, spricht der Umstand, daß damals gerade ein Gesetz über die Redemtion der Kriegsgefangenen zurückgewiesen wurde[5]), eher geradezu dagegen, in sofern dadurch bewiesen wird, daß man einer Begünstigung der Kriegsgefangenen geradezu abgeneigt war und also wohl auch keinen Grund hatte, über ihre Rechtsverhältnisse besondere gesetzliche Anordnungen zu treffen. Was aber endlich die angezogenen

---

1) Histor. Jurisprudent. Rom. §. LXXIII. not. z.

2) ad §. 5. Inst. quibus non permitt. fac. testam. II. 12.

3) a. a. O. pag. 303.

4) Gesch. des Röm. Rechtes, S. 650 (Zehnte Aufl.).

5) Liv. Lib. XXII. c. 61. Appian. Hannibal. c. 28. —

Stellen des Livius betrifft, so ist das dort angeführte Gesetz von so verschiedenem Inhalte, daß eine Verwandtschaft mit unserer fictio legis Corneliae darin in keiner Weise entdeckt werden kann [1]).

Viel mehr Wahrscheinlichkeit hat daher gewiß die andere Ansicht, welche die Fiction auf ein Gesetz des Dictators Cornelius Sylla zurückführt. Für sie spricht, daß in der Regel, wenn kein besonderer Zusatz einen andern Urheber andeutet, gerade die Gesetze dieses Dictators mit dem Namen der leges Corneliae bezeichnet werden, daß aber auch der muthmaßliche Inhalt des Gesetzes weit mehr zu der umfassenden Gesetzgebung dieses Legislators paßt, als daß man annimmt, das Gesetz sei ohne Zusammenhang mit andern einzeln erlassen worden [2]). Die Entstehung der fictio legis Corneliae ist hiernach vielleicht in das Jahr 674 n. E. d. St. zu setzen.

Selbst innerhalb dieser Ansicht aber divergiren die Meinungen der Juristen noch darüber, ob die fictio legis Corneliae einem eigenen Gesetze ihre Entstehung verdanke, oder, wenig,

---

1) Nach Liv. XXVII. 21. wurde 543 a. u. c. C. Servilius zum aedilis plebis eingesetzt. Einige zweifelten daran, ob dies rechtmäßig geschehen sei, weil der Vater desselben, den man zehn Jahre hindurch für todt gehalten hatte, wie nun bekannt wurde, noch in feindlicher Gefangenschaft bei den Bojern lebte. Derselbe Zweifel erhob sich über seine frühere Führung des Amtes eines tribunus plebis. C. Servilius der Vater kehrte darauf im 16. Jahre seiner Gefangenschaft zurück. Es wurde nach Liv. XXX. 19. ein Gesetz gegeben: ne C. Servilio (dem Sohne) fraudi esset, quod patre, qui sella curuli sedisset, vivo, quum id ignoraret, tribunus plebis atque aedilis plebis fuisset, contra quam sanctum legibus esset. Das ganze Gesetz enthielt daher nur eine Dispensation für einen einzelnen Fall von einer, zwar mit dem jus postliminii, nicht aber mit dem Zwecke der lex Cornelia zusammenhängenden Bestimmung.

2) Vertheidiger dieser Meinung sind z. B. de Retes a. a. O. p. 304. Vockestaert, Diss. historico-jur. de L. Corn. Sulla. Lugd. Bat. 1816. 8. p. 167 seqq. — Zachariae, Lucius Corn. Sulla, Heidelb. 1834. 8. p. 151. — Hugo, Rechts-Gesch., S. 650. Anm. 1. Schilling, Bemerkungen S. 287. u. A.

stens in ihrer endlichen Entwickelung, als ein nur durch Interpretation gewonnener Folgesatz aus einem Cornelischen Gesetze von ursprünglich anderem Inhalte anzusehen sei. Die gewöhnliche Meinung folgt der letzteren Ansicht. Sie leitet die Fiction aus der lex Cornelia de falsis oder testamentaria ab und bringt den allgemeinen Inhalt derselben und unsere Fiction in der Weise miteinander in Verbindung, daß „höchst wahrscheinlich auch auf das Unterschieben und Unterschlagen von Testamenten Derer, welche in feindlicher servitus gestorben waren, dieselbe Strafe gesetzt worden sei, wie wenn der Testirer, statt in feindliche Gefangenschaft zu gerathen, niedergemacht worden wäre" [1]). Indem sonach die Fiction zunächst nur auf Testamente der in der Kriegsgefangenschaft verstorbenen Personen — und zwar nach Hugo auch dabei nur in beschränkter Weise — sich bezogen, sei man erst späterhin auf dem Wege einer ausdehnenden Interpretation dazu gekommen, die Fiction in erweiterter Weise und namentlich auch bei Intestaterbfällen anzuwenden.

Gegen diese gezwungene Annahme ist jedoch in neuerer Zeit mit Recht Schilling [2]) aufgetreten und hat die Behauptung in Schutz genommen, daß der Inhalt der lex Cornelia gleich vom Anfang an weiter gegangen und deswegen auch jenes Gesetz selbst muthmaßlich eine besondere Lex gewesen sei. In der That ist diese Ansicht gegenüber der anderen Vermuthung durch die bei weitem überwiegenderen Gründe unterstützt. Abgesehen davon, daß die Quellen den behaupteten Zusammenhang der Fiction mit der lex Cornelia testamentaria nirgends auch nur andeuten, und daß man, selbst den Beweis desselben vor-

---

1) Hugo, Rechtsgesch., S. 648. 650. Not. 1. vgl. mit S. 392. Anm. 2. d. 11. Ausg.

2) Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 285—287. — Auch Zachariä a. a. O. ist dieser Ansicht. Auch Mühlenbruch hat sich derselben angeschlossen, Bd. XXXVI. des Glück'schen Commentar, S. 237. Not. 17. Bd. XL. S. 452. Not. 88.

ausgesetzt, immer nur durch eine sehr laxe Extensiv Interpretation zu der Fiction gelangt wäre, steht entschieden dieser ganzen Annahme entgegen, daß mehrere Stellen ausdrücklich bezeugen, daß die lex Cornelia nicht allein über die Testamente, sondern auch über die Intestaterbfolge in die Güter eines Captivus Anordnungen enthielt. So führt Ulpian fragm. XXIII. §. 5., indem er von dem Einflusse der Gefangenschaft auf das Testament eines Römers spricht, den Inhalt der lex allgemein mit den Worten: ex lege Cornelia, quae perinde *successionem* ejus confirmat, atque si in civitate decessisset, an. Ebenso allgemein lauten die Worte desselben Juristen in fr. 1. pr. Dig. de suis et legitim. XXXVIII. 16:

> Eum quoque (sc. pro intestato accipere debemus), qui ab hostibus captus est, quoniam per legem Corneliam *successio* his defertur, quibus deferretur, si in civitate decessisset; nam et ejus hereditas fuisse creditur;

und in noch weiter gehender Weise spricht sich Julian fr. 22. pr. Dig. h. t. aus, ohne daß in irgend einer dieser Stellen sich eine Andeutung einer ursprünglich beschränkten Fassung des Gesetzes vorfände:

> Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint atque ibi decesserint, sive testamenti factionem habuerint, sive non habuerint, ad eos pertinent, ad quos pertinerent, si in potestatem hostium non pervenissent. *Idemque jus in eadem causa omnium rerum jubetur esse* lege Cornelia, quae futura esset, si hi, de quorum *hereditatibus et tutelis* constituebatur, in hostium potestatem non pervenissent.

In den Worten des letzten Satzes wird mit völliger Bestimmtheit die Fiction der lex Cornelia in die Bestimmungen des Ge=

---

1) Vgl. auch die allgemeine Anführung des Inhaltes der fictio legis Corneliae in fr. 18. und fr. 12. §. 1. D. h. t. „hereditate captivi, quae lege Cornelia inducitur.“

setzes selbst gelegt und zwar so, daß auch die Wirkung der Fiction auf das Recht der Vormundschaft ausdrücklich auf das Gesetz zurückgeführt wird, was ganz in der nämlichen Weise auch von Paulus in Sent. recept. III. 4 a. §. 8. [1]) geschieht. War aber dies wirklich der Fall, so verschwindet hiermit in der That jede Möglichkeit, die Fiction mit der lex Cornelia de falsis in Zusammenhang zu bringen, und man wird sich vielmehr dafür entscheiden müssen, daß dieselbe auf eine eigene, übrigens sonst nicht weiter bekannte lex Cornelia zurückzuführen sei [2]). Daß in manchen Stellen der lex Cornelia gerade nur mit Beziehung auf die Testamente Erwähnung gethan wird [3]), kann hiergegen keinen Einwurf abgeben. Es erklärt sich dies einfach daraus, daß in den Stellen überhaupt zunächst nur von Testamenten die Rede ist, sodann auch daraus, daß diese Bestimmung der lex Cornelia wahrscheinlich am meisten gegen das frühere Recht abstand, während bei der Intestatsuccession, wie in Betreff der Vormundschaften der nun allgemein anerkannte Satz auch früher bereits eine gewohnheitliche Geltung erlangt hatte. Wenn aber außerdem in fr. 10. §. 1. Dig. h. t. (Papinian.) bei Gelegenheit einer Entscheidung über die Pupillarsubstitution die Worte vorkommen: legem Corneliam de tabulis secundis nihil locutam esse, et ejus dumtaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset [4]), so kann dies am wenigsten so verstanden werden, als ob die lex Cornelia lediglich von Testamenten

1) Qui ab hostibus captus est, testamentum quasi servus facere non potest. sane valet testamentum id, quod ante captivitatem factum est, si revertatur, jure postliminii; aut si ibi decedat, beneficio legis Corneliae, qua lege etiam *legitimae tutelae hereditatesque* firmantur.

2) Schilling, a. a. O. S. 286.

3) z. B. fr. 15. Dig. de injusto rupto test. XXVIII. 8. fr. 28. Dig. de vulg. et pup. substit. XXVII. fr. 1. §. 1. Dig. ad legem Falcid. XXXV. 2.; fr. 4. §. 1. Dig. de bonis libert. XXXVIII. 2.

4) Auf diese Stelle stützt sich besonders Retes, a. a. O. p. 303.

gesprochen habe. Vielmehr beweisen die Worte nur, daß der Theil der Bestimmung des Gesetzes, welcher sich auf die Bestätigung der früher errichteten Testamente bezog, zugleich die wörtliche Voraussetzung enthielt, daß der Gefangene früher testamenti factio gehabt haben müsse [1]).

§. 12.

II. Anwendung der Fiction.

a) Auf das Erbrecht.

Wenn die lex Cornelia die Bestimmung traf, daß der während feindlicher Gefangenschaft verstorbene Römer als schon im Augenblicke seiner Gefangennehmung (ex quo captus est, instanti captivitatis) verstorben angesehen werden solle, so kann in der That nach dem ganzen Zwecke dieser Fiction kaum eigentlich ein Zweifel darüber erhoben werden, daß hiermit nur die der früheren Freiheit des Römers zugekehrte Seite jenes Momentes gemeint sei. Jeder Augenblick, in welchem ein Wechsel des Rechtszustandes eintritt, schließt zweierlei in sich: die Eigenschaft eines Endtermins für das frühere, eines Anfangstermins für das spätere Recht. Bei dieser Doppelnatur erklärt es sich, daß der Augenblick des wechselnden Rechtes sowohl für das frühere, als das spätere Recht als letzter, resp. erster Zeittheil gerechnet werden kann, und so konnte mit vollem Rechte der Augenblick, in welchem die Gefangennehmung den Römer zum servus hostium machte, ebenso gut als Bezeichnung des letzten Augenblickes der Freiheit angewendet werden. Zu verwundern ist daher nur, daß dieser Ausdruck dennoch den früheren Juristen Veranlassung zu einem lang geführten Streite geworden ist [2]). Hält man aber den hiernach

---

1) Darauf gehen auch die Worte des fr. 22. pr. „sive testamenti factionem habuerint, sive non habuerint."

2) Eine ausführliche Darstellung dieser ingens difficultas per multa saecula et scriptores agitata giebt Retes (Meerm. l. c. p. 303.).

sehr klaren Inhalt der fictio legis Corneliae fest, so gestaltet sich die praktische Anwendung derselben im Ganzen sehr einfach.

Was insbesondere die Anwendung der Fiction auf die Delation und Acquisition der Erbschaft betrifft, so muß es als unmittelbare Folge derselben gelten, daß ein von dem jetzt in captivitate Verstorbenen früherhin gültig errichtetes Testament, das nach den strengen Regeln eigentlich bei der Unmöglichkeit des jus postliminii nun hätte als irritum zusammenfallen müssen, in voller Gültigkeit bestand und die in ihm eingesetzten Erben zur Antretung berief. Alle leges testamentariae kommen daher bei einem solchem Testamente zur Anwendung [1]). Wäre aber kein Testament hinterlassen worden, so werden die gesetzlichen Intestaterben gleichfalls in der nämlichen Weise berufen, wie wenn der Testator in civitate und zwar im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben wäre. Der Erbe kann sowohl als eigentlicher heres als auch nach prätorischem Rechte als bonorum possessor eintreten [2]). Die Erbschaftsklagen, die familiae erciscundae actio [3]), das interdictum de tabu-

---

Die Meinung, daß man an die letzte Stunde vor der Gefangennehmung denken müsse, wurde besonders von den Bartolisten vertheidigt. Die Schule der Spanischen Juristen neigten sich mehr der Ansicht zu, daß im Augenblicke der Gefangennehmung der Römer deshalb als in civitate verstorben anzunehmen sei, weil die Sclaverei eigentlich erst mit dem Momente, ex quo ductus erat in praesidia hostium (Pompon. fr. 5. §. 1. Dig. h. t.) begonnen habe. Die Glosse hatte schon die richtige Erklärung.

1) l. 1. §. 1. Dig. ad leg. Falcid. XXXV. 2. Lex Falcidia etiam ad eos, qui apud hostes moriuntur, propter legem Corneliam pertinere videtur, quod ea lex perinde eorum testamenta confirmat, atque si in civitate decessissent; propter quam fictionem lex Falcidia et omnes testamentariae pertinent, quae tamen possint locum habere. Das Testament darf deshalb auch nicht an einem andern Mangel leiden, namentlich nicht etwa wegen Uebergehung eines Notherben nichtig sein. fr. 15. Dig. de injusto, rupto et irrito testam. XXVIII. 3. fr. 22. §. 4. Dig. h. t.

2) fr. 12. §. 1. Dig. de captivis. fr. 3. §. 6. Dig. de bon. poss. XXXVII. 1. fr. 4. §. 1. Dig. de bon. libert. XXXVIII. 2.

3) fr. 25. Dig. fam. erciscund. X. 2.

lis exhibendis [1]) werden ihm, und zwar nicht utiliter, sondern direct, gegeben. Um es im Kurzen zu bezeichnen, so bietet die Beerbung des verstorbenen Gefangenen in der That nichts Abweichendes von dem Falle dar, in welchem es sich um die Beerbung eines Römischen Bürgers, dessen Tod seit längerer Zeit erfolgt, aber bisher nicht bekannt gewesen ist, handelte. Doch sind hierbei einzelne Punkte noch sehr bestritten.

Da der Tod des Gefangenen im einzelnen Falle erst spät nach der Gefangennehmung selbst erfolgen und während dieser Zeit die Erbberechtigungen sich sehr verändern konnten, so wäre es von großer Wichtigkeit gewesen, wenn die anscheinend für den Todesfall des Gefangenen zur Erbschaft berechtigten Personen auch schon vorher, ehe der Tod des Gefangenen und damit der Eintritt der fictio legis Corneliae wirklich entschieden war, wenigstens provisorisch das Vermögen des Gefangenen als muthmaßliche Erben hätten in Anspruch nehmen dürfen. Cujacius und Retes [2]) haben ein solches Recht in der That auch, gestützt auf zwei Stellen, angenommen und vertheidigen die Meinung, daß die präsumtiven Erben vom Prätor eine bonorum possessio decretalis verlangen dürften. Allein schon eine allgemeine Einsicht in das Wesen der fictio legis Corneliae, wie der bonorum possessio, muß es offenbar erkennen lassen, daß die Ertheilung einer solchen bonorum possessio eine völlige Singularität sein würde, die schon hiernach nicht zu vermuthen steht. Auch bei dem prätorischen Erbrecht fand ohne Zweifel der Grundsatz: viventis nulla hereditas, Anwendung, und es war um so weniger Grund vorhanden, hiervon bei der Beerbung eines Gefangenen abzugehen, als, so lange er lebte, immer noch die Hoffnung gegeben war, derselbe werde jure postliminii in seine früheren Verhältnisse zurückkehren, für welchen Fall es ihm offen blieb, durch Dispo-

---

1) fr. 1. §. 9. Dig. de tabul. exhibend. XLIII. 5.

2) a. a. O. p. 304.

sitionen aller Art seine Beerbung in völlig verschiedener Weise anzuordnen. Aber auch abgesehen hiervon sind die beiden Stellen keineswegs geeignet, diese Meinung zu unterstützen; bei der einen derselben waltet ein entschiedenes Mißverständniß ob, die andere spricht gerade dagegen.

Die Hauptstelle ist fr. 12. pr. de bonor. possess. XXXVII. 1.:

> Non est ambigendum, quod plerumque et contra fiscum et contra rempublicam admitti debeant quidam, utputa venter, item furiosus, item is, qui captivi bonorum possessionem petit.

Cujacius und Retes legen die letzten Worte so aus, als ob die captivi bonorum possessio die provisorische Besitzeinweisung in die Güter des Gefangenen sei. Allein wie die Zusammenstellung mit dem venter und furiosus zeigt, ist der Sinn hier gerade der umgekehrte; es ist der Fall gemeint, in welchem für einen Captivus die bonorum possessio verlangt wird, und hiernach kann also die Stelle gar nicht hierher bezogen werden[1]). Die andere Stelle ist die l. 4. Cod. h. t., ein Rescript von Diocletian und Maximian:

> Nec nos praeterit hereditatem ejus, quam incognitum erat ab hostibus interfectam an captam esse, a filio adiri non potuisse, quoniam eorum bona, qui in hostium

1) Vgl. auch Leist, die bon. possessio II b. S. 317. — Mit demselben Unrecht wird beiläufig das fr. 1. §. 1. Dig. ad SC. Tertull. XXXVIII. 17. citirt. Der hier behandelte Fall ist ebenfalls ein ganz anderer. Eine Frau war in civitate mit Hinterlassung mehrerer Kinder gestorben. Die Kinder konnten aber nicht eintreten, weil der Vater der Frau sich bei den Feinden befand uud es deshalb noch ungewiß war, ob die Mutter als materfamilias oder filiafamilias verstorben war. Hier sollen die Kinder allerdings eine bonorum possessio decretalis erhalten. Aber die zu beerbende Person ist auch nicht etwa der bei den Feinden befindliche Großvater, sondern die bereits verstorbene Mutter, deren status zur Zeit des Todes nur ungewiß war.

potestatem rediguntur, eo demum tempore successionis jure acquiri possunt, quum captos apud hostes mortuos esse cognoscitur, nec super facultatibus ejus, cujus incerta vita ac fortuna fuit, transigi vel judicari potuit. Unde postea, quam apud hostes materteram vestram fati munus implesse innotuit, tunc vobis licentia permittitur agnoscendae per bonorum possessionem successionis; non officientibus enim his, quae perperam gesta sunt, si priorem gradum obtinetis, successionis compendium ad vos pertinet.

In dem Rechtsfalle, auf welchem sich dies Rescript bezieht, hatte ein Sohn die Erbschaft seiner Mutter, welche sich in feindlicher Gefangenschaft befand, angetreten, ohne darüber Gewißheit gehabt zu haben, ob dieselbe wirklich gestorben sei oder nicht; von dem Sohn, der selbst gleichfalls nach dem vermeintlichen Erbschaftsantritt verstorben, war das Vermögen in andere Hände übergegangen. Späterhin stellte sich jedoch heraus, daß die Mutter zu jener Zeit noch am Leben gewesen, daß sie erst nach dem Tode des Sohnes, zu einer Zeit verstorben war, in welcher als nächste erbberechtigte Verwandte mehrere Neffen anzusehen waren. Die Kaiser rescribiren, daß der Erbschaftsantritt nichtig und diesen Neffen nun erst die Möglichkeit der bonorum possessio eröffnet sei. Es ist hier zunächst in keiner Weise erkannt, daß der Sohn die vermeintliche Erwerbung der mütterlichen Erbschaft durch eine bonorum possessio decretalis bewirkt hatte; die Worte adiri non potuisse deuten im Gegentheil darauf hin, daß der Erwerb durch einen einfachen Antritt erfolgt war. Gesetzt aber auch, es wäre von einem Präses eine solche bonorum possessio ertheilt worden, so zeigt die Entscheidung doch auf das Bestimmteste, daß eine solche Besitzeinweisung als eine Ueberschreitung des Gesetzes angesehen worden wäre, indem die Kaiser den vermeintlichen Erbschaftsantritt für total nichtig erklären. Es ist daher ebenso unrichtig gesagt, wenn Retes zugibt, die ertheilt

bonorum possessio decretalis evanescire, wenn diejenigen, welche sie erhalten hätten, noch vor dem Tode des Gefangenen selbst mit Tode abgingen: es muß vielmehr die ganze Möglichkeit einer bonorum possessio vor dem wirklich erfolgten Tode des Gefangenen geleugnet werden, indem es erst mit diesem Momente zur Anwendung der fictio legis Corneliae kommt. Jeder vorher erlangte Besitz von den Bona des Gefangenen ist nicht als Erbschaftsbesitz anzusehen, sondern könnte höchstens als eine missio in bona Geltung erlangen.

Bei der bisherigen Untersuchung ist stets vorausgesetzt worden, daß die zur Beerbung des in captivitate Verstorbenen extranei heredes gewesen seien, oder daß es sich um den Erwerb der Erbschaft durch bonorum possessio handelte. In beiden Fällen gehört zur Erwerbung, außer der Delation, die Vornahme eines bestimmten Willensactes, welcher sich auf die bestimmte Wissenschaft des Todes des Erblassers stützt; und da diese, wie eben gezeigt, trotz der fictio legis Corneliae, welche den Tod des Erblassers auf einen früheren Zeitpunkt zurückverlegt, doch erst nach dem wirklich erfolgten Tode des Erblassers möglich war, so hatte daneben die Frage, ob die Delation der Erbschaft erst im Momente des wirklich erfolgten Todes erfolge oder im Anschluß an die genannte Fiction, wie der Tod des Gefangenen selbst, auf den Zeitpunkt der Gefangennehmung zurückbezogen werde, wenigstens keine unmittelbar praktische Bedeutung. Anders dagegen, wenn man den Fall berücksichtigt, wo der nun verstorbene Gefangene necessarii heredes im Staate zurückgelassen hatte. Wenn hier die Delation der Erbschaft rückwärts als vom Zeitpunkte der Gefangennehmung des Verstorbenen an eröffnet fingirt wurde, so muß sich die Frage erheben, ob nicht auch rückwärts die Erbschaft schon von diesem Zeitpunkt an den necessarii heredes erworben gelten müsse. Die praktische Folge hiervon würde sich besonders darin zeigen, wenn man sich den Fall dächte, daß diese necessarii selbst einstweilen vivo testatore

durch den Tod weggefallen wären. Denn würde angenommen, daß rückwärts Alles so anzusehen sei, als wenn der Gefangene bereits im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben sei, so würde folgeweise, indem sich bei diesen Personen Delation und Acquisition der Erbschaft ohne Weiteres verbindet, auch Nichts entgegenstehen, daß die Erben der verstorbenen heredes necessarii den auf diese ipso jure gefallenen Theil beanspruchen könnten, was bei den Erben von vivo testatore verstorbenen extranei heredes nicht angenommen werden könnte, da hinsichtlich dieser letzteren wohl eine Delation, aber keine Acquisition der Erbschaft vorläge. Würde dagegen die Delation nicht retrotrahirt, so würde zwischen den Erbeserben von necessarii heredes und denen von voluntarii kein Unterschied sein. Die meisten älteren Juristen haben dies letztere angenommen [1]). So unjuristisch es aber auch für den ersten Augenblick klingen mag, daß ein bereits Verstorbener hier die Erbschaft eines in Wirklichkeit erst nach ihm Verstorbenen erhält, so muß ich doch behaupten, daß der ganze Inhalt unserer Fiction mit Nothwendigkeit darauf hinführt und daß die einzelnen Quellenaussprüche, welche wir hierüber besitzen, wenn auch nicht unmittelbar, so doch inductiv diese Annahme bestätigen.

Wie es den Anschein hat, bestanden allerdings in der früheren Zeit unter den Römischen Juristen hierüber Zweifel. Gajus [2]) erwähnt einen solchen zwar nicht für diese Frage unmittelbar, aber doch für eine andere, welche mit dieser in der genauesten Verbindung steht. Noch zu seiner Zeit war es streitig, ob man den Anfang der Eigenschaft eines paterfami-

---

1) Vgl. Faber, conject. X. 6. — Retes, a. a. O. p. 304. und die dort Citt.

2) I. §. 119. Si vero (sc. parens) illic (sc. in captivitate) mortuus sit, erunt quidem liberi sui juris; sed *utrum ex eo tempore*, *quo mortuus est*, *apud hostes parens*, *an ex illo*, *quo ab hostibus captus est*, *dubitari potest*. —

lias für die filiifamilias eines in feindlicher Gefangenschaft Verstorbenen von dem Zeitpunkte, wo der Vater bei den Feinden verstorben war, oder von dem Augenblicke an zu datiren habe, in welchem die Gefangennehmung desselben erfolgt war. Allein diese Zweifel, welche vielleicht durch die Fassung der lex Cornelia hervorgerufen waren [1]), ergeben sich für die spätere Zeit als vollkommen beseitigt. Bei den Pandektenschriftstellern steht es entschieden fest, daß nach der Fiction die Todeszeit des verstorbenen Gefangenen auf den letzten Augenblick der Freiheit, den Augenblick der Gefangennehmung zurückverlegt wird, und insbesondere wird die Frage über das Aufhören der patria potestas und der Anfang der vollen Selbstständigkeit für die filiifamilias ausdrücklich in dieser Weise beantwortet [2]). Der Erwerb, den der Sohn seit der Zeit der väterlichen Gefangennehmung gemacht hat, wird daher rückwärts von diesem Augenblicke an als eigener Erwerb des Sohnes angesehen [3]); Kinder vom Sohne, welche bis dahin mit ihm unter der großväterlichen Gewalt standen, gelten nun rückwärts von Zeit der Gefangennehmung des Großvaters an als filiifamilias ihres Vaters, und — obwohl sich dafür kein ausdrückliches Quellenzeugniß anführen läßt — auch der von ihnen gemachte Erwerb muß rückwärts bis zu jenem Momente nicht für den Großvater, sondern für den Vater gemacht gelten.

---

1) Viele Stellen geben den Inhalt der lex Cornelia so an: quae testamenta sic confirmat, *atque si in civitate decesserit* (fr. 4. §. 1. de bonis lib. XXXVIII. 2.), — *atque si in civitate decessisset* (Ulpian. fragm. XXIII. 5. — fr. 1. §. 1. ad legem Falcidiam XXXV. 2.), — successio his defertur, quibus deferretur, *si in civitate decessisset*: Ausdrücke, welche der obigen zweifachen Auslegung vollen Raum ließen. —

2) Julian. fr. 22. §. 2. Dig. h. t. s. f. — nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendente est, et reverso quidem patre, existimatur nunquam suae potestatis fuisse, mortuo, *tunc* paterfamilias fuisse, quum pater ejus in hostium potestatem pervenerit.

3) Tryphonin. fr. 12. §. 1. Dig. h. t.

Denn wenn, wie Ulpian in fr. 18. Dig. h. t. den Satz ganz allgemein hinstellt, der Gefangene rückwärts in allen rechtlichen Beziehungen als bereits im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben anzusehen ist, so sind dies nur specielle Anwendungen, welche sich mit Nothwendigkeit sofort aus dem allgemeinen Principe ergeben.

Hält man aber hieran einmal fest, so muß man auch die Delation der Erbschaft des verstorbenen Captivus als von diesem Zeitpunkt an geschehen betrachten. Da aber bei necessarii heredes die Delation und Acquisition zusammenfällt, so zieht ein solches Retrotrahiren der Delation für den Fall, in welchem der Gefangene necessarii heredes in civitate zurückgelassen hatte, nothwendig die weitere Annahme nach sich, daß diesen necessarii heredes die Erbschaft des Gefangenen auch rückwärts als von jenem Zeitpunkte an ipso jure erworben gilt. Verhielt sich dies wirklich so, so ist auch nicht abzusehen, aus welchem Grunde dies Retrotrahiren der Todeszeit mit seinen Wirkungen da ausgeschlossen gewesen sein sollte, wo der suus heres, welcher eigentlich geerbt haben würde, wenn der Gefangene sogleich im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben wäre, selbst bereits wieder verstorben war. Zwar könnte man mit Faber[1]) einwenden, daß die Fiction der lex Cornelia nur auf den Gefangenen, nicht auch auf den bereits verstorbenen Erben sich erstrecke. Allein wird einmal, wie das doch bestimmt in der Fiction liegt, die Todeszeit des verstorbenen Gefangenen auf die Zeit der Gefangennehmung zurückverlegt, so handelt es sich dann gar nicht um weitere Fictionen hinsichtlich des Sohnes; denn was in Bezug auf den Sohn angenommen wird, ist nur eine unmittelbare Folge der ersten Fiction, aber durchaus keine weitere neue.

Vergleicht man nun hiermit die Aussprüche der Quellen, so führt auch eine richtige Interpretation derselben in der That

---

1) Conject. jur. civ. X. 6.

auf das nämliche Ergebniß hin. Es gehören aber hierher namentlich folgende Stellen:

fr. 15. Dig. de suis et legitimis heredibus XXXVIII. 16. (Papin. libr. XXIX. Quaest.) Si pater apud hostes moriatur, defunctum jam in civitate filium, credimus patremfamilias decessise, quamvis patria potestate, quamdiu vixerit, non fuerit in plenum liberatus; itaque heredem habiturus est iste non reverso patre. Sed si postliminio redierit pater jam defuncto filio, quidquid medio tempore per eum quaesitum est, habebit. Et non est mirum, si peculium quoque defuncti pridem filii defertur patri, quum ex eo natus potestatis ipsius fiat per suspensi juris constitutionem.

Obgleich die Stelle nicht direct unsere Frage angeht, so enthält sie doch so viel, daß danach die Entscheidung jener nicht zweifelhaft sein kann. Ausdrücklich heißt es, daß der während der väterlichen Gefangenschaft verstorbene Sohn, wenn der Vater dennoch später nicht zurückgekehrt sei, als paterfamilias verstorben gelte, sowie daß er deßhalb auch als Hausvater von den etwaigen suis oder anderen nächsten Verwandten beerbt werden könne.

Hierin liegt offenbar aber ein Anerkenntniß, daß die fictio legis Corneliae nicht blos auf den verstorbenen Gefangenen selbst, sondern ebenso auch auf den Sohn ihre Wirkung äußerte. Die Annahme, derselbe sei als paterfamilias verstorben, konnte nur dadurch hervorgerufen werden, daß man nach der Fiction den Vater als bereits im Augenblicke der Gefangenschaft, also vor dem Tode des Sohnes verstorben ansah; von diesem Zeitpunkte an datirt nach der Fiction die Qualität des paterfamilias, von da an ist auch das Vermögen zu berechnen, welches auf die Erben des zum Paterfamilias Gewordenen übergeht. Daß aber hierzu nur das gehört habe, was der Sohn etwa während der Zwischenzeit selbst von auswärts erworben, ist doch kaum glaublich. Gewiß gehörte dazu auch der Antheil

welchen er von den väterlichen Vermögen als suus heres zu beanspruchen hatte, wenn man die Todeszeit des Vaters auf den Augenblick der Gefangennehmung zurückversetzte. Nichts Anderes als dieses wollen auch die Worte: itaque heredem habiturus est iste non reverso patre, sagen. Der Jurist scheint besonders den Fall im Auge gehabt zu haben, wenn der in civitate zurückgebliebene Sohn überhaupt der einzige Erbe des Vaters gewesen war. Die Beerbung in das Vermögen beider hätte, je nach der einen oder der andern Ansicht, von der Person des Vaters oder des Sohnes ausgehend gedacht werden können. Der Jurist entscheidet für das Letztere, indem er nur den Sohn, nicht den Vater den Erben haben läßt. Daß der Vater daneben noch einen anderen Erben gehabt habe, wird dagegen mit keiner Silbe erwähnt. Durch die Beifügung der Worte non reverso patre, die ohnedem keine rechte Bedeutung haben, sondern nur eine leere Wiederholung sein würden, scheint vielmehr ziemlich deutlich das Gegentheil angedeutet zu sein.

Ein Gegenzeugniß gegen die hier vertheidigte Ansicht hat man freilich in einer Stelle Ulpians finden wollen. Es sind die Endworte des fr. 9. Dig. de castrensi peculio XLIX. 17.[1]). Ulpian nennt es hier nichts Neues, daß Jemand auch aus ex postfacto einen Successor erhalte. Als Beispiel hiefür wird aber der nämliche Fall angeführt, welcher der oben behandelten Stelle Papinians zu Grunde liegt: wenn der filiusfamilias eines bei den Feinden befindlichen Vaters mit Tode abging und darauf auch der Vater in der Gefangenschaft ver-

1) Nec est novum, ut ex postfacto aliquis successorem habuisse videatur. Nam et si filius ejus, qui ab hostibus captus est, decesserit patre captivo vivo, si quidem pater regrederetur, quasi filiusfamilias peculium haberet; enimvero si ibidem pater decesserit, quasi paterfamilias legitimum habebit successorem, et retro habuisse creditur ejus successor ea quoque, quae medio tempore filius iste quaesiit, nec heredi patris, sed ipsi filio quaesita videbuntur.

starb. Denn, wie es in der Stelle hierüber heißt, wenn der Vater späterhin zurückgekehrt wäre, so würde der Sohn nur ein peculium gehabt haben und der Vater dies jure peculii einziehen, indem die patria potestas mit der Rückkehr jure postliminii als nie unterbrochen, folglich der Sohn als in väterlicher Gewalt verstorben zu betrachten war. Anders dagegen, wenn der Vater nach dem Tode des Sohnes bei den Feinden verstarb. Denn für diesen Fall werde der Sohn nun nicht blos einen legitimen Successor als Paterfamilias haben, sondern der Erbe verlange auch Alles, was in der Zwischenzeit von dem Sohne erworben worden, und zwar gelte dieser Erwerb nicht heredi patris, sondern ipsi filio gemacht. Gerade in den letzten Worten hat man aber ein Zeugniß dafür finden wollen, daß in solchem Falle neben dem Sohne der Vater noch einen besondern Erben gehabt haben müsse, da sonst schwerlich der Jurist desselben erwähnt haben würde. Daß der Vater überhaupt nun einen Erben gehabt haben müsse, ist gewiß richtig; es ist selbst zuzugeben, daß die Person dieses Erben im einzelnen Falle eine von dem verstorbenen Sohne verschiedene sein könnte, wie z. B. wenn der Söhne mehrere waren oder etwa gar der in civitate verstorbene zufällig exheredirt war. Aber abgesehen davon ist es gar nicht nöthig, an zwei verschiedene Personen hierbei zu denken; vielmehr will der Jurist hiermit nur die zwei verschiedenen Gesichtspunkte angeben, aus denen der Erwerb des Sohnes und dessen Uebergang auf den Successor des Sohnes angesehen werden könnte. Denn entweder hätte man sagen können, daß der eigene Erwerb in der Zwischenzeit dem Filiusfamilias als Erben des Vaters zufalle — und dies würde bei der Entscheidung des Falles von Wichtigkeit gewesen sein, in welchem der verstorbene filiusfamilias nicht der einzige gewesen war, sondern noch mehrere Gleichberechtigte neben sich hatte — oder man hätte sich dafür entscheiden können, daß der Erwerb als dem Sohne selbst gemacht gelte, indem er rückwärts schon von Zeit der Gefangennehmung

an als sein eigener Herr angesehen wurde. Zur Bekräftigung dieser letzten Ansicht, die nach dem Wesen der fictio legis Corneliae auch die allein richtige war, sind die letzten Worte von Ulpian noch beigefügt worden. Sie wollen also nichts Anderes sagen, als daß in solchem Falle der Erwerb des Sohnes in der Zwischenzeit ihm nicht in seiner Qualität als Erben des Vaters, als vielmehr kraft eigenen Rechtes zugefallen anzusehen sei, und in dieser Auffassung müssen sie mehr als eine Bestätigung, denn als eine Widerlegung der obigen Ansicht betrachtet werden.

Noch mehr beweisend ist aber eine Entscheidung, welche von Javolenus in fr. 15. Dig. de injusto, rupto testam. XXVIII. 3. angeführt wird und sich auf die Frage bezieht, in wie weit durch einen nach der Gefangennehmung dem Vater nachgeborenen Sohn eine Ruption des früher errichteten Testamentes eintrete. Javolenus äußert sich darüber, wie folgt:

Qui uxorem praegnantem habebat, in hostium potestatem pervenit. Quaero, filio nato, quo tempore testamentum in civitate factum rumpatur? et si filius ante moriatur, quam pater, an scripti heredes hereditatem habituri sint? Respondi: non puto dubium esse, quin per legem Corneliam, quae de confirmandis eorum testamentis, qui in hostium potestate decessissent, lata est, nato filio continuo ejus testamentum, qui in hostium potestate sit, rumpatur. Sequitur ergo, ut ex testamento hereditas ad neminem perveniat.

Es ist bekannt, daß von vielen Juristen auf diese Stelle der Begriff eines besonderen postumus Cornelianus gegründet worden ist, den man dann neben den Begriff der postumi Aquiliani und Velejani in der Weise hinstellte, als ob durch die lex Cornelia eine neue Bestimmung über die Einsetzungs-

fähigkeit von Postumen getroffen worden wäre[1]). Daß die Stelle hiervon jedoch nichts enthält, zeigt schon eine flüchtige Durchsicht. Javolenus will eine das Notherbenrecht der sui heredes überhaupt angehende Frage beantworten, die jedoch nur mit Beihülfe der lex Cornelia zu entscheiden war. Diese Frage war aber die bereits erwähnte, ob das Testament des gefangenen Römers durch die während der Gefangenschaft noch nachgefolgte Geburt eines suus heres rumpirt wurde, besonders wenn der suus heres vielleicht schon bei Lebzeiten des gefangenen Vaters selbst wieder hinweggefallen wäre. Javolenus Responsum hält es nicht für zweifelhaft, daß nach dem Grundsatze der lex Cornelia mit der Geburt des Sohnes sogleich das Testament des Vaters rumpirt werde. Wenn ein Postumus bei Lebzeiten des Vaters geboren ward, aber vor dem Vater wieder verstarb, so wurde nach einem Rescripte Hadrians sonst wenigstens eine bonorum possessio secund. tabulas ertheilt[2]); allein für diesen Fall bestreitet Javolenus geradezu die Möglichkeit einer Beerbung aus diesem Testamente. Der Grund hierfür ist aber ausdrücklich darin gesetzt, daß die lex Cornelia die Todeszeit der in der Gefangenschaft Verstorbenen von ihrem wirklichen Eintritt auf den Eintritt in die Gefangenschaft versetzte, wodurch dann allerdings der Fall in die Lage gebracht wurde, daß der postumus eigentlich nach dem Tode des Gefangenen geboren und wieder verstorben war. In solchem Falle half keine bon. poss. sec. tab. aus. Ist aber hiermit der Einfluß der fictio legis Corneliae auf das Notherbenrecht eines noch während der Gefangenschaft des Vaters verstorbenen filiusfamilias posthumo nachgewiesen, so wird es wohl keinem Zweifel unterliegen können, daß man auch hinsichtlich des gewöhnlichen Intestat- und testamentarischen Erbrechtes annahm, daß ein durante captivitate verstor-

1) Vgl. darüber A. Faber, conjectur. Lib. X. c. 9. 10. — Glück, Commentar, Bd. XXXVI. S. 239—241.

2) fr. 12. pr. Dig. de in justo, rupto, irrito facto test. XXVIII. 3.

bener Sohn erst nach dem Tode des Vaters verstorben sei, woraus sich die weitere Folge hinsichtlich der Delation und Acquisition der väterlichen Erbschaft von Seiten eines solchen filiusfamilias von selbst ergibt [1]).

§. 13.

b) Insbesondere, Anwendung auf die Pupillarsubstitution.

Von besonderer Wichtigkeit mußte die fictio legis Corneliae bei der Pupillarsubstitution werden. Indem es sich bei der Beurtheilung der Gültigkeit einer solchen nicht blos um die gehörige Bestimmung der Todeszeit eines Erblassers, sondern zweier Personen, des substituirenden Vaters und des Pupillen, handelte, welche beide möglicherweise sich in der Lage befinden konnten, daß die fictio legis Corneliae auf sie anzuwenden war, erklärt es sich, daß wir in unseren Quellen mehrere Fragmente finden, welche gerade diese Frage mit besonderer Schärfe behandelt haben, wie überhaupt die Lehre von der Pupillarsubstitution zu denjenigen Theilen der Rechtswissenschaft gerechnet werden muß, welche die besondere Pflege der Römischen Juristen erfahren hat [2]).

Soll aus einer formell gültig errichteten Pupillarsubstitution der ernannte Pupillarsubstitut Rechte erwerben, so wird namentlich vorausgesetzt, daß die väterliche Gewalt des Substituenten über den Pupillen bis zum Tode des Testators fortgedauert hat [3]), sowie, daß das Testament des Vaters, die primae tabulae nicht etwa durch spätere Gründe aufge-

---

1) Gestritten hat man dabei noch um die Bedeutung des Wortes continuo, dessen sich Javolenus bedient, um anzuzeigen, daß die Ruption des Testamentes sogleich mit der Geburt des Sohnes eintrete. Siehe Faber, l. l.

2) Im Allgemeinen sind hierüber zu vergleichen Cujacius in Lib. XXIX. Quaest. Papin. ad L. 10. 11. Dig. h. t. (opp. P. IV. p. 783 seqq.); de Retes, a. a. O. p. 305. Mühlenbruch in Glück's Commentar, Bd. XL. S. 447—461.

3) fr. 41. §. 2. Dig. de vulgari et pup. subst. XXVIII. 6.

hoben worden sind. Aus dem ersten folgt namentlich, daß der Pupill nicht vor dem Vater verstorben sein darf; denn in solchem Falle würde er, da der Sohn als filiusfamilias verstorben, einen besonderen testamentarischen Erben nicht haben können.

Aus fr. 20. §. 1. Dig. h. t. [1]) ergibt sich nun soviel mit Gewißheit, daß in den Bestimmungen der lex Cornelia der Pupillarsubstitution nicht besonders gedacht war, sondern daß vielmehr das Gesetz, zunächst seinen Decisivworten nach, soweit es sich auf Testamente erstreckte, nur die Testamente der mit testamenti factio versehenen Personen selbst bestätigt hatte. Unter den Juristen scheint deshalb anfangs ein Schwanken eingetreten gewesen zu sein, in wie weit die in dem Gesetze ausgesprochene Bestätigung auch auf die in einem Testamente angeordnete Pupillarsubstitution als eine Erbesernennung, die für einen eigentlich nicht mit testamenti factio versehenen Pupillen geschehen, ausgedehnt werden dürfe. In der späteren Zeit entschied sich die Meinung der Juristen jedoch unbezweifelt dafür, daß die lex Cornelia, gleichviel ob der Vater oder der impubes in feindliche Gefangenschaft gerathen und dort verstorben war, auch auf die Pupillarsubstitution Anwendung finde, vorausgesetzt nur, daß unter Anwendung der Fiction die übrigen Bedingungen vorhanden waren, auf deren Vorhandensein die Pupillarsubstitution ruhte. In wie weit man aber bei den einzelnen Fällen unter Anwendung der fictio legis Corneliae eben dieses Vorhandensein jener allgemeinen Vorbedingungen anzunehmen sich berechtigt hielt, kann nur durch eine nähere Durchsicht der einzelnen Entscheidungen hierüber, die hinsichtlich ihrer Kritik und Interpretation nicht unbestritten sind, festgestellt werden. Solcher Fälle, bei denen die An-

1) — „in promtu, est dicere, legem Corneliam de tabulis secundis nihil locutam esse ejus tantum personam demonstrasse, quis testamenti factionem habuisset —.

wendung der fictio legis Corneliae zur Sprache kommen und Zweifel erregen konnte, lassen sich aber mit Retes [1]) namentlich fünf unterscheiden.

1) Der einfachste Fall, der auch wohl deßhalb die wenigsten Zweifel verursachte, war der, wenn der substituirende Paterfamilias in die Gewalt der Feinde gerieth, während der filius impubes in civitate zurückblieb, und, nachdem der Vater in der feindlichen Gefangenschaft verstorben war, der Sohn ihm innerhalb der Zeit der Unmündigkeit nachfolgte.

Nach Papinians Aeußerung in fr. 10. pr. Dig. h. t. [2]) nahmen zwar einige Juristen hierbei daran Anstoß, daß der filiusfamilias eigentlich bereits bei Lebzeiten des Vaters aus der Gewalt des Sohnes herausgetreten und sui juris geworden sei, indem ja mit der Gefangennehmung die väterliche Gewalt aufgehört habe, und daß demnach, mit dem Wegfall der ersten der oben genannten Voraussetzungen, auch die Gültigkeit der ganzen Pupillarsubstitution zusammenfallen müsse. Allein abgesehen davon, daß der filiusfamilias durch den Act der Gefangennehmung vorläufig gar nicht ohne Weiteres vollkommen der väterlichen Gewalt enthoben wurde, gewährte hier die fictio legis Corneliae die vollkommenste Abhülfe. Indem sie den Tod des gefangenen Vaters auf den Augenblick der Gefangennehmung zurückverlegte, war der erhobene Einwand von selbst beseitigt, und in dieser Weise findet sich auch schon von Julianus der Fall in fr. 28. de vulgari et pupillari subst. XXVIII. 6. pr. entschieden [3]).

---

1) a. a. O. p. 305.

2) Pater instituto impuberi filio substituerat et ab hostibus captus ibi decessit; postea defuncto impubere, legitimum admitti quibusdam videbatur, neque tabulas secundas in ejus persona locum habere, quod vivo patre sui juris factus fuisset. Verum huic sententiae refragatur juris ratio, quoniam si pater, qui non rediit, jam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est, substitutio suas vires necessario tenet.

3) Lex Cornelia, quae testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserunt, confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum, qui

Legt man diesen Gesichtspunkt zu Grunde, so konnte auch wenig darauf ankommen, ob der Filiusfamilias, für welchen die Pupillarsubstitution angeordnet war, in dem väterlichen Testamente als Erbe instituirt oder exheredirt war. Hiermit hat sich jedoch Anton Faber nicht zufrieden erklärt, vielmehr eine besondere Feinheit der von Papinian abgegebenen Entscheidung darin finden wollen, daß nach den Anfangsworten der Stelle (siehe vor. Seite Not. 2) blos von einem instituirten Filiusfamilias die Rede ist, während in dem gleich folgenden §. (siehe S. 221 Not. 1) von einem exheredirten und instituirten Filiusfamilias gesprochen wird. Faber glaubt hiernach, daß, wenigstens nach der Ansicht Papinians, die abgegebene Entscheidung lediglich auf den Fall einer Institution des Filiusfamilias zu beschränken sei, dagegen im Falle einer Exheredation Ungültigkeit der Pupillarsubstitution eintreten müsse. Auf diese Unterscheidung führe aber auch in der That ein strenges Festhalten an dem Gedanken der fictio legis Corneliae hin; denn es liege nicht im Wesen der Fiction, rückwärts zu fingiren, daß der Filiusfamilias immer in der Gewalt des Paterfamilias gewesen sei, sondern nur, daß der in der Gefangenschaft Verstorbene mit einem Erben verstorben sei. Weil bei einem exheredirten Filiusfamilias dieser Gesichtspunkt aber nicht Platz greife, könne auch hier von einer Aufrechterhaltung der Pupillarsubstitution nicht die Rede sein.

So viel Scharfsinniges in diesen Einwürfen liegt, so können sie doch, einer einfachen, ungekünstelten Interpretation der

---

testamenta fecerunt, pertinet, sed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non pervenissent. Quapropter cum pater in hostium potestate decessit, filio impubere relicto in civitate, et is intra tempus pubertatis decesserit, hereditas ad substitutum pertinet, perinde ac si pater in hostium potestatem non pervenisset.

1) Conjectur. jur. civ. Lib. X. c. 4.

Quellen gegenüber, nicht als stichhaltig angesehen werden. Wenn es zuzugeben ist, daß Papinian zunächst von dem Falle handelt, wo der Filiusfamilias in dem väterlichen Testamente zugleich instituirt war, so ist es aus der bloßen Aufstellung dieses Falles doch zu gewagt, für den gegentheiligen Fall auch ohne Weiteres das Gegentheil seiner Entscheidung anzunehmen. Dieser Gedanke muß um so mehr verworfen werden, als der Grund, den Papinian anführt, allgemein auf beide Fälle paßt: quoniam si pater, qui non rediit, jam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est, substitutio suas vires necessario tenet. Faber findet zwar diesen Grund nicht mehr in Einklang mit dem Gegengrunde, welchen nach Papinians eigener Anführung manche Juristen gegen die Gültigkeit einer Pupillarsubstitution daher nahmen, daß der Filiusfamilias in diesem Fall bei Lebzeiten des Vaters aus der Gewalt des Vaters genommen und vivo patre sui juris geworden sei: denn in Wirklichkeit sei doch trotz der angenommenen Fiction dies eingetreten gewesen, so daß nur ausnahmsweise bei einem instituirten Filiusfamilias wegen eines andern, von Papinian nur nicht gehörig ausgedrückten Grundes eine Aufrechterhaltung der Pupillarsubstitution habe angenommen werden können. Allein dieser Mangel an Concinnität ist nur ein eingebildeter, welcher verschwindet, sobald man nur die wahre Bedeutung einer Fiction gelten läßt. Es liegt in der Natur eines jeden solchen juristischen Auskunftsmittels, an die Stelle des objectiv Wahren als das juristisch Wahre etwas Anderes, vielleicht im einzelnen Falle geradezu Falsches zu setzen. Das objectiv Wahre muß diesem juristisch Wahren gegenüber dann bei der juristischen Beurtheilung seinen Anspruch auf Berücksichtigung nothwendig verlieren. Deshalb konnte also auch bei der Anwendung der fictio legis Corneliae im vorliegenden Falle wenig darauf ankommen, daß in der Wirklichkeit noch während der Lebzeiten des Vaters

der Sohn sui juris geworden war, da als juristisch wahr im Gegentheil feststand, der Vater sei im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben; denn bei dieser Annahme war eben nicht bei Lebzeiten, sondern in dem Augenblicke die Befreiung von der väterlichen Gewalt eingetreten, welche juristisch auch als Todesaugenblick des Vaters galt. Muß schon deshalb jedes Urgiren des Wortes instituto in der Papinianischen Stelle als ein unnöthiges Haschen nach haarspaltenden Subtilitäten erscheinen, so beweist auch der Text der Entscheidung Julians über die nämliche Frage (fr. 28. Dig. XXVIII. 6.), daß man daran nicht dachte. Julian führt insbesondere in den Anfangsworten den Grund der Gültigkeit der Pupillarsubstitution darauf zurück, daß die lex Cornelia auf alle Erbschaften bezogen worden sei, welche aus dem Testamente eines verstorbenen Gefangenen hergeleitet werden könnten. Indem nun offenbar in beiden Fällen, sowohl wenn der Filiusfamilias instituirt, als wenn er exheredirt war, die Pupillarsubstitution als pars et sequela paterni testamenti galt, lag gewiß kein Grund vor, hinsichtlich der Gültigkeit derselben zwischen beiden Fällen irgend einen Unterschied zu machen.

2) Unmittelbar an diesen ersten Fall schließt sich der andere an, in welchem gleichfalls der Vater allein in feindliche Gefangenschaft gerathen war, der in civitate zurückgelassene unmündige Filiusfamilias aber noch vor dem wirklich erfolgten Tode des Vaters verstarb. Eine specielle Entscheidung dieses Falles giebt Papinian in fr. 11. Dig. h. t., allein freilich in einer Weise, welche selbst den neueren Juristen zu entgegengesetzten Auslegungen Veranlassung gegeben hat. Papinian spricht hier über den angegebenen Fall:

Quodsi filius ante moriatur in civitate, nihil est, quod de secundis tabulis tractari possit, sive quoniam vivo patre filiusfamilias mori intelligitur, sive quoniam non

reverso eo exinde sui juris [1]) videtur fuisse, ex quo pater hostium potitus est [2]).

Die indirecte Beantwortung, welche in den Worten nihil est, quod de secundis tabulis tractari possit, enthalten ist, wird von Cujacius [3]) so ausgelegt, daß hierbei Zweifel über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der angeordneten Pupillarsubstitution nicht hätten erhoben werden können, weil die Entscheidung, gleichviel ob man den Vater sich als bei den Feinden verstorben, oder als zurückgekehrt denke, gleich wenig Schwierigkeiten darbiete. Denn kehrte der Vater zurück, wenngleich erst nach dem Tode des Kindes, so erlischt die Substitution nothwendig, da wegen der Wirkung des Postliminium anzunehmen ist, der Vater sei römischer Bürger geblieben und demnach das Kind bei seinem Absterben der väterlichen Gewalt als Filiusfamilias unterworfen gewesen. Würde dagegen der Vater nicht zurückkehren, so müßte die Substitution gültig bleiben, weil in Folge der eingetretenen fictio legis Corneliae der Vater vor dem Kinde verstorben anzunehmen sei.

Anders sieht jedoch die Glosse, eben so Anton Faber [4]) und Retes [5]) die Entscheidung an; hiernach wäre die Meinung Papinians für beide Fälle vielmehr dahin gegangen, daß, gleichviel ob der Vater zurückkehrte oder nicht, die Ungültigkeit der Pupillarsubstitution habe eintreten müssen. Am scharfsinnigsten ist hierbei die Ausführung von de Retes [6]).

---

1) Hinter juris wird von Haloander gegen allen Zusammenhang der Stelle und gegen alle Grundsätze der lex Cornelia ein non eingeschoben.

2) Ueber die Redensart: hostium potiri s. Mühlenbruch, Bd. XL. S. 450. und die dort Angeff. Dirksen, manuale s. v. potiri.

3) Observatt. Lib. XV. c. 17.; nach ihm Mühlenbruch im Comm. a. a. O. S. 450.

4) Conject. jur. civ. Lib. X. c. 6. 7. — Jurisprud. Papin. XI. 9. 9.

5) a. a. O. p. 306.

6) a. a. O. p. 306.

In Anschluß an die Bemerkung, welche Papinian selbst bei dem ersten Falle gemacht habe [1]), wonach nämlich einige Juristen behaupteten, die Pupillarsubstitution habe schon in jenem ersten Falle nicht zur Geltung gelangen können, weil der Filiusfamilias noch bei Lebzeiten des Vaters sui juris geworden sei, würden bei diesem zweiten Falle von Papinian gleich beide Ansichten verbunden und nach der Natur beider die Unhaltbarkeit der Pupillarsubstitution gezeigt. Denn nehme man die eine an, wonach das in civitate zurückgebliebene Kind nicht ohne Weiteres von der väterlichen Gewalt des gefangenen Paterfamilias befreiet würde, so könne hier deshalb die Pupillarsubstitution nicht als zu Recht bestehend gelten, weil das Kind dann vivo patre als Filiusfamilias verstorben zu betrachten sei. Ginge man umgekehrt von der andern Ansicht aus, welche im Falle der Nichtrückkehr des gefangenen Vaters das Kind von jenem Augenblicke an der väterlichen Gewalt enthoben angesehen hätte, so würde der Gültigkeit der Pupillarsubstitution eben der Umstand entgegentreten, daß das Kind schon vom Augenblicke der Gefangennehmung an sui juris gewesen und demnach, wider die Regel der Pupillarsubstitution, noch während des Lebens des substituirenden Paterfamilias von der Gewalt desselben befreit worden wäre. Gleichviel also, ob man das Kind, für welches die Substitution angeordnet worden, für die Zeit von der Gefangennehmung an bis zu dem wirklich erfolgten Tode des Vaters als filiusfamilias oder als sui juris ansehe, müsse man sich gegen die Gültigkeit der Pupillarsubstitution entscheiden.

Auch diese Erklärung trägt jedoch offenbar Etwas in die Worte Papinians hinein, was ihnen völlig fremd ist. Als einzig richtige Erklärung der Stelle kann nur die des Cujacius angesehen werden. Schon die Worte: nihil est, quod de secundis tabulis tractari possit, können sicher nicht

---

1) fr. 10. pr. Dig. h. t. (S. 214. Not. 2.)

so ausgelegt werden, daß sie die Ungültigkeit der Pupillarsubstitution für alle Fälle bedeuten. Sie sagen nur, daß hier keine solche Frage vorliege, welche zu irgendwelchen Bedenken und Untersuchungen Anlaß zu geben geeignet sei; die Gründe hiefür werden dann in den beiden Sätzen mit quoniam angeschlossen, von denen der eine den Fall behandelt, wo der Sohn bereits verstorben ist, während der Vater lebend zurückkehrt, der andere den, wo der Vater nicht zurückkehrt. Da im ersten Falle die rückwärts wirkende fictio postliminii eintritt, so ist kein Zweifel, daß der Sohn als filiusfamilias verstorben und demnach die Pupillarsubstitution ungültig geworden ist. Ebenso unzweifelhaft ist es aber, daß man im zweiten Falle, wo der Vater nicht zurückkehrte, sondern bei den Feinden verstarb, wenn man nur überhaupt die fictio legis Corneliae in ihrer vollen Bedeutung gelten ließ, die Pupillarsubstitution dann als gültig zu betrachten hatte. Wollte man die beiden Sätze nach der Weise von Retes erklären, so sieht man nicht ein, wie hierzu das doppelte quoniam passen könnte. Denn der Grund, den Retes herausliest, würde bereits in den Ablativen vivo patre und non reverso eo liegen, damit aber die beiden quoniam völlig überflüssig sein.

3) Als dritter Fall von Bedeutung ist hervorzuheben, wenn der substituirende Paterfamilias in civitate verstorben, das Kind, welchem substituirt worden, auch bis zum Tode des Vaters in seiner Gewalt gewesen, späterhin aber, jedoch noch intra pubertatem, von den Feinden gefangen worden und dort verstorben war. Der Zweifelsgrund, welcher sich für diesen Fall entgegenstellte, war der Umstand, daß die lex Cornelia in den Worten, welche auf Bestätigung der Testamente gingen, nur von solchen Testamenten gesprochen hatten, die von mit testamenti factio ausgestatteten Personen hinterlassen worden waren. Die Pupillarsubstitution als eine testamentarische Succession von der Person des Pupillen, dem die

Möglichkeit der Testamentserrichtung mangelte, wäre hiernach nicht unter die eigentlichen Gesetzesworte zu bringen gewesen. Allein nach dem Geiste des Gesetzes, welches den bei den Feinden Verstorbenen überhaupt in Bezug auf die Beerbung so betrachtet wissen wollte, wie wenn er noch in civitate verstorben wäre, mußte eine mildere Praxis sich auch in diesem Falle für die Gültigkeit der Pupillarsubstitution erklären.

Zwei Stellen der Pandekten sprechen sich auch in dieser Weise aus. In der einen [1]) rechtfertigt Papinian seine Entscheidung besonders damit, daß ja nach der fictio legis Corneliae auch die Intestaterbschaft eines kriegsgefangenen Unmündigen so behandelt und deferirt werde, wie die eines andern civis Romanus; es könne deshalb auch nicht als etwas Besonderes angesehen werden, wenn der Prätor den Willen des Vaters nicht weniger, als den des Gesetzes respectire. Aber doch wurden dem Pupillarsubstituten für sein Erbrecht die Klagen nicht als directae actiones, sondern nur als utiles gegeben, weil in der That die Worte des Gesetzes doch nicht genau diesen Fall berührten und nur nach dem hier zu Grunde liegenden Rechtsprincipe dem Pupillarsubstituten ein Recht beigelegt werden konnte.

Mit der nämlichen Zurückhaltung äußert sich über denselben Fall Julian in dem Verfolge des bereits oben angeführten Fragmentes (fr. 28. Dig. de vulg. et pup. subst.):

Sed si pater in civitate decesserit, filius impubes apud hostes, si quidem mortuo patre filius in hostium po-

---

1) fr. 10. §. 1. Dig. h. t. Si mortuo patre capiatur impubes institutus vel exheredatus, in promtu est dicere, legem Coneliam de tabulis secundis nihil locutam esse, et ejus duntaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset; plane captivi etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri, quoniam verum est, ne impuberem quidem factionem testamentis habuisse, et ideo non esse alienum, Praetorem subsequi non minus patris, quam legis voluntatem, et *utiles actiones* in hereditatem substituto dare.

testatem pervenerit, non commode dicitur, hereditatem ejus ex ea lege ad substitutos pertinere.

Daß Julian hiernach im Resultat sich für die nämliche Meinung entschied, welche Papinian vertheidigte, darf nicht bezweifelt werden; aber freilich erklärt der Jurist hierbei, daß dies non commode gesagt werde, d. h. mit einer gewissen Kühnheit und Inconsequenz. Vielen ist dieser Ausdruck so anstößig gewesen, daß sie denselben in den entgegengesetzten und allerdings häufiger vorkommenden non incommode umgewandelt haben, und dies ist z. B. von Cujacius, A. Faber, Haloander u. A. geschehen [1]). Andere, wie Gebauer, haben geglaubt, um einen rechten Sinn zu erhalten, den Satz sich als Frage denken zu müssen, und deshalb nach pertinere ein Fragzeichen gesetzt. So wenig kritisch gegen diese Behandlung Etwas einzuwenden sein mag, so muß ich doch mit Retes [2]) behaupten, daß die Lesart der Florentina non commode dem ganzen Sinne der Stelle und der Auffassungsweise der Römischen Juristen in Betreff dieses Falles am besten entspricht. Die Worte non incommode, besonders wenn man die Stelle mit der des Papinian zusammenhält, erscheinen gerade an diesem Orte so schwächlich, daß man sie nur ungern dem Julian beilegt. Dazu kommt, daß der Satz mit sed, also als Gegensatz eingeleitet wird. In dem vorhergehenden Satz (siehe oben S. 214) ist gerade die Pupillarsubstitution, unter Anwendung der fictio legis Corneliae, als gültig bezeichnet; jedenfalls erwartet man daher, daß für diesen zweiten Fall etwas Anderes, mindestens zum Theil Entgegengesetztes ausgesprochen werde. Dies würde aber bei den Worten non incommode fehlen, während bei Beibehaltung der Worte non commode, besonders wenn man

---

1) Siehe hierüber Mühlenbruch, Commentar, a. a. O. S. 453. Not. 91.

2) a. a. O. p. 306.

zu diesem Satze noch den folgenden dazu betrachtet, eine sehr schlüssige Steigerung in dem Gedankengange des ganzen Fragmentes sich erkennen läßt. In dem folgenden Satze spricht nämlich Julian für einen dritten Fall direct die Unanwendbarkeit der lex Cornelia aus. Die drei Entscheidungen schließen sich dann so an einander, daß in der ersten die Anwendung der lex Cornelia gebilligt wird, in der zweiten zwar auch, aber non commode, d. h. cum difficultate, in der dritten dagegen bestimmt negirt wird.

4) Diese letzte Entscheidung betrifft den Fall, welcher dem eben behandelten am nächsten zu stehen scheint: wenn der substituirende Vater zwar auch in civitate verstirbt, das Kind aber nicht erst nach seinem Tode, sondern bereits bei seinen Lebzeiten in Gefangenschaft geräth und dort verstirbt. Julian entscheidet denselben mit folgenden Worten:

> Si vero vivo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non existimo legi Corneliae locum esse, quia non efficitur per eam, ut is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat. Quare etiam si impubes [1]) filius vivo patre captus fuerit, deinde mortuo in civitate patre in hostium potestate decesserit, patris hereditas ex lege duodecim tabularum, non filii ex lege Cornelia, ad agnatum proximum pertinet.

Starb hier das unmündige, bei Lebzeiten des Vaters gefangene Kind noch vivo patre, so konnte über die Ungültigkeit der Pupillarsubstitution kein Zweifel sein; mochte man auf den Augenblick der Gefangennehmung, mochte man auf den des wirklich erfolgten Todes sehen, in beiden Rücksichten mangelte es an der nothwendigen Voraussetzung jeder gültigen Pupillarsubstitution, daß die Gewalt des Vaters über den Haussohn bis zum eigenen Tode des Vaters fortgedauert

1) So ist mit Cujacius Observatt. XV. 17. für das unpassende pubes der Florentina zu lesen.

haben mußte. Julian hat deshalb auch nur den andern Fall im Auge, wo der gefangene Unmündige bei den Feinden nach dem Vater verstorben war. Allein auch dann mußte die Pupillarsustitution zusammenfallen: denn wenn man auf den verstorbenen Unmündigen die fictio legis Corneliae anwendete, so war er in der That als vor, nicht nach dem Vater verstorben zu betrachten. Julian hat freilich scheinbar hierfür einen anderen Grund: weil der Zweck der lex Cornelia nicht der gewesen sei, dem Erben zu geben, welcher selbst in civitate kein Vermögen hinterlassen habe. Indessen ist in diesem Grunde das oben angegebene Argument mit eingeschlossen; denn indem das unmündige Kind als filiusfamilias verstorben galt, konnte es wenigstens nach dem älteren Rechte auch keine Güter in civitate hinterlassen.

5) Als ein fünfter Fall ist zu denken, wenn beide, Vater und Sohn, in feindliche Gefangenschaft gerathen und dort verstorben waren. Doch müssen bei demselben selbst wieder mehrere Varietäten von einander geschieden werden.

a) Es ist denkbar, daß beide, Vater und Kind, gleichzeitig gefangen worden waren und in der Gefangenschaft starben.

Mühlenbruch [1]) wendet bei Entscheidung dieses Falles den über Commorienten geltenden Satz an, und entscheidet sich deshalb nach der Präsumtion: der Mündige hat den Unmündigen überlebt, dafür, daß die Pupillarsubstitution für erloschen angesehen werden müsse. Die Anwendung dieser Präsumtion auf diesen Fall muß jedoch als sehr bedenklich erachtet werden. In allen Fällen, welche diese Präsumtion enthalten, wird vorausgesetzt, daß die beiden Personen in einer gemeinschaftlichen Gefahr umgekommen seien, ohne daß sich der frühere Tod des einen oder andern auf bestimmte Art ermitteln ließ. Von beiden Voraussetzungen ist jedoch in dem vorliegenden Falle nicht die Rede. Allerdings ist, unter An-

1) Commentar a. a. O. S. 454.

wendung der fictio legis Corneliae, derselbe Moment als Augenblick des Todes für beide anzunehmen; allein der große Unterschied, welcher eben die Anwendung der Präsumtion nicht denkbar werden läßt, ist der, daß das Zusammentreffen des beiderseitigen Todes hier nur auf einer Fiction beruht, die nicht einmal die Gefangennehmung in gemeinsamer Gefahr voraussetzt [1]). Allein es bedarf dieser Präsumtion auch gar nicht, um dennoch die Pupillarsubstitution als ungültig zu erklären, wenn man nur daran festhält, daß beide, Vater und Sohn, als im nämlichen Momente verstorben gedacht werden müssen. Denn wie man auch die Sache dann ansehen mag, es würde dem Pupillarsubstituten nicht möglich sein, den Beweis zu führen, daß das Kind, dem er substituirt worden, irgend um einen Augenblick den Vater überlebt habe oder, was dasselbe ist, der Vater vor dem Kinde gestorben sei, und diese Unmöglichkeit steht dem Rechte des Pupillarsubstituten offenbar ebenso hinderlich entgegen, als wenn man geradezu annehmen wollte, der Pupill sei vor dem substituirenden Vater verstorben gewesen [2]).

b) Etwas anders gestaltet sich aber die Ansicht der Sache, wenn man annimmt, daß Vater und Sohn nicht gleichzeitig, sondern in verschiedenen Zeitmomenten in die feindliche Gefangenschaft gekommen seien. Zwar wenn das Kind eher, als der Vater, gefangen worden und in der Gefangenschaft verstorben war, konnte die Ungültigkeit der errichteten Pupillarsubstitutionen nach dem Vorigen keinem Zweifel unterliegen. Denn wenn in solchem Falle die Pupillarsubstitution schon ungültig wurde, wenn auch das Kind allein in feindliche Gewalt gerieth und dort verstarb, so mußte dies natürlich noch weit mehr von dem Falle gelten, wenn nach der Gefangennehmung des Sohnes auch der Vater selbst noch in Gefangenschaft gerathen und darin verstorben war. Denkt man sich dagegen umgekehrt

1) Es konnte ja möglich sein, daß an zwei ganz verschiedenen Orten die Gefangennehmung des Vaters und des Kindes erfolgte.

2) Vgl. fr. 32. §. 14. Dig. de donat. inter vir. et uxor. XXIV. 1. Siehe unten Seite 241.

zuerst den Vater, dann den Sohn gefangen, und darauf beide in der Gewalt der Feinde verstorben, so sollte man glauben, daß eine consequente Anwendung der fictio leges Corneliae hier zu dem entgegengesetzten Resultate führen und danach die Pupillarsubstitution zu Recht bestehen müsse. Denn indem beide als im Momente der Gefangennehmung verstorben angesehen wurden, die Gefangennehmung des Vaters aber vor die des unmündigen Sohnes fiel, waren hier eigentlich alle Voraussetzungen vorhanden, welche für die Erhaltung der Pupillarsubstitution gefordert werden. Selbst darauf, ob der wirkliche Tod des Vaters bei den Feinden dann später oder vor dem Tode des impubes erfolgt sei, konnte eigentlich hiernach kein weiteres Gewicht gelegt werden: denn nicht die Zeitfolge dieser Augenblicke, sondern die der fingirten Todeszeiten müßte streng genommen entscheiden.

Blickt man jedoch auf die Aussprüche der Quellen, so stellt sich die Lage dieses Streitpunktes sehr verschieden dar; denn die Meinung der Römischen Juristen scheint gerade die entgegengesetzte gewesen zu sein. Es gilt hier zwei Stellen richtig zu interpretiren und mit einander in Einklang zu bringen, welche über diese Frage ganz entgegengesetzte Entscheidungen zu enthalten scheinen, deren Sinn aber auch außerdem mehrfach angefochten ist.

Die eine dieser Stellen ist die Fortsetzung der oben Seite 217. 218 bereits mitgetheilten Stelle Papinians. Nachdem Papinian (fr. 11. pr. D. h. t.) den Fall lehandelt, wo das Kind in civitate verstorben war, ehe der Vater bei den Feinden verstarb, fährt er in §. 1. ejsd. fr. fort:

> Sed si *ambo* apud hostes sint, et prior pater decedat, sufficiet lex Cornelia substituto non alias, quam si apud hostes patre defuncto filius in civitate decessisset.

Mühlenbruch [1]) findet es kaum glaublich, daß diese einfache Aeußerung Gegenstand so vieler Erörterungen und Strei-

---

1) a. a. O. S. 454.

tigkeiten bei den neueren Juristen habe werden können, als wenn sie zu den dunkelsten und schwierigsten Pandektenstellen gehöre. Allein gerade die Auflösung, welche er davon gibt, möchte am wenigsten geeignet sein, diese Schwierigkeiten und Dunkelheiten der Stelle als nicht vorhanden erscheinen zu lassen. Seiner Ansicht zufolge wäre nämlich hierbei an den Fall zu denken, wo beide, Vater und Sohn, in einem Momente gefangen worden wären. Der Gedankengang des ganzen Fragmentes von Papinian sei daher folgender. In dem princ. der Stelle erkläre Papinian die Substitution für wirksam, wenn der Vater allein in Gefangenschaft stürbe und der Sohn im Vaterland zurückbliebe. Paragraph 1. schließe sich nun so an: sollten aber Beide gefangen werden, und dabei der Vater selbst früher versterben, so komme doch die lex Cornelia dem Substituten nicht anders (d. h. unter keiner andern Bedingung) zu Statten, als wenn der Sohn im Vaterlande, natürlich als impubes, verstürbe. Hiernach würde die Stelle eigentlich auf unsern Fall keinen Bezug haben und nur indirect denselben beantworten, indem natürlich, wenn bei gleichzeitiger Gefangennehmung von Vater und Sohn die Gültigkeit der Pupillarsubstitution an die Bedingung der Rückkehr des Sohnes geknüpft wird, diese Gültigkeit auch dann nicht eintreten kann, wenn der Vater vorher zu den Feinden kam und beide darauf dort verstarben.

Zunächst ist jedoch hier die Supposition eine durchaus unzulässige, daß Papinian von einem Falle gesprochen habe, wo die Gefangennehmung des Vaters und des Kindes in einen Moment zusammenfiel. Die Worte der Stelle enthalten hiervon gar Nichts: man müßte denn das ambo apud hostes so auslegen, was aber doch gewiß nur sagen will, daß beide sich bei den Feinden befanden, über die Zeit des Anfangs dieser Gefangenschaft aber gar keinen Aufschluß gibt. Außerdem bot dieser Fall, wie Mühlenbruch selbst zugesteht, weiter gar keine Schwierigkeiten dar, und es wäre also unbegreiflich, wie Papinian darüber in einer Weise entschieden haben sollte, die,

gering gesagt, äußerst wunderlich wäre. Weiter aber spricht der Zusammenhang mit dem pr. der Stelle geradezu dagegen; denn Papinian handelt zunächst von dem Falle, wo der Vater allein bei den Feinden sich befand, der Sohn in civitate zurückgeblieben war. Indem er nun den Fall nimmt, si ambo apud hostes, denkt gewiß Jedermann eher daran, daß eben nach Erledigung des Falles, wo der Sohn nicht in feindliche Gefangenschaft gerieth, nun der an die Reihe kommt, wo der Sohn doch noch, freilich aber erst später, zu den Feinden kam. Geht man aber auch selbst hierüber hinweg, so stehen dieser Erklärungsweise entschieden die Worte et prior pater decedat entgegen. Bei einer unbefangenen Ansicht dieser Worte muß man sich jedenfalls dafür entscheiden, daß Papinian an den Fall dachte, wo beide, Vater und Sohn, bei den Feinden verstorben sind und der Vater nur als der frühere hinwegfiel. Wie passen aber hierzu dann die Endworte, wonach nicht anders die lex Cornelia dem Substituten nützen soll, als wenn das Kind zurückgekehrt und in civitate unmündig verstorben ist? denn diese enthalten ja einen ganz andern Fall, als der ist, auf den eigentlich geantwortet werden sollte. Und wozu wäre dann noch einmal in dem Bedingungssatze ausdrücklich bemerkt worden, daß der Vater bei den Feinden gestorben sei? Endlich steht, wie A. Faber[1]) treffend bemerkt, grammatisch dieser Erklärungsweise selbst das Plusquamperfectum decessisset entgegen, an dessen Stelle vielmehr das Perfectum oder Präsens erwartet werden würde, wenn mit diesem Bedingungssatze überhaupt der von Mühlenbruch angenommene Sinn verbunden werden könnte[2]).

---

1) Conjectur. jur. civ. X. 7.

2) Welcher verkehrte Sinn herauskommt, wenn man in dieser Weise die Stelle zu erklären versucht, zeigt die Uebersetzung in Schilling und Sintenis deutschem Corpus juris: „Sind aber beide in Feindes Gewalt und der Vater stirbt zuerst, so wird das Cornelische Gesetz dem Substituten lediglich alsdann helfen, wenn der Vater beim Feinde verstorben, und später der Sohn im Staate mit Tode abgegangen ist"!!

Eine andere Erklärung dieser Stelle, welche besonders A. Faber zum Vertheidiger hat, geht daher davon aus, daß man hier das non alias quam si in einem ganz anderen Sinne zu nehmen habe. Faber gibt zu, daß der von Papinian aufgestellte Casus nicht anders verstanden werden könne, als dahin, daß beide, Vater und Kind, bei den Feinden verstorben gedacht werden. Das non alias quam si wolle aber auch gar nicht sagen, daß unter keiner anderen Bedingung, als u. s. w. die lex Cornelia dem Substituten zu Statten komme; vielmehr sei dasselbe non secus, quam, d. h. similiter, perinde ac zu verstehen, wonach also der Sinn sich ergeben würde, daß für den angegebenen Fall die Pupillarsubstitution bei Kräften bestehen bleibe, gerade wie wenn nach dem Tode des Vaters der Sohn zurückgekehrt und in civitate als impubes verstorben wäre.

Man muß zugeben, daß bei dieser Erklärung wenigstens eine größere Concinnität in die Stelle herein kommt, als bei der eben angegebenen. Nichtsdestoweniger stellen sich auch dieser erhebliche Schwierigkeiten entgegen. Haupteinwand ist hier, daß sich nicht nachweisen lassen möchte, daß je die Partikeln non alias quam si in einer solchen Bedeutung, wie sie hier unterstellt wird, angewendet worden seien, ganz abgesehen davon, daß dann gewiß auch eine ganz andere Stellung für diese Worte gewählt worden sein würde, als sie jetzt einnehmen. Dazu kommt aber noch, daß, so ausgelegt, die Stelle einen Sinn erhält, welcher in diametralen Gegensatz zu dem Inhalt einer anderen, gleich noch näher zu besprechenden Stelle tritt, die doch offenbar den nämlichen Fall behandelt. Denn während Papinian nach dieser Auslegung sich dafür entschieden haben würde, daß durch die Gefangennehmung beider dem Bestande der Pupillarsubstitution kein Abbruch geschehe, geht die Meinung des Scävola in fr. 29. Dig. de vulgari et pup. substit. XXVIII. 6. entschieden dahin, daß der Pupillarsubstitut in solchem Falle keinen Anspruch auf die Beerbung des Pupillen machen könne. Eine solche Antinomie hier anzuneh-

men, wird man um so weniger berechtigt sein, als im Uebrigen, namentlich in der ganzen Anlage des Satzbaues, eine entschiedene Uebereinstimmung beider Stellen hervortritt.

Unter diesen Umständen bleibt kaum etwas Anderes übrig, als die Stelle innerlich für verdorben zu erklären und zu einer Emendation derselben seine Zuflucht zu nehmen, oder die Worte wenigstens in einer anderen Verbindung zu lesen, als dies bisher geschehen ist. Das letztere bietet, wenn man daneben einen wirklich verständigen Sinn erhalten will, mehr Schwierigkeiten dar; doch scheint auch eine Heilung auf diesem Wege nicht ganz unmöglich.

Berücksichtigt man, daß in dem vorhergehenden Satze Papinian einen Fall bejahend entscheidet, den unsrigen aber darauf ihm mit sed entgegenstellt, und nimmt man außerdem hierzu noch die oben angeführte Entscheidung des Scävola, so wird die Emendation nothwendig dahin gehen müssen, daß auch der Entscheidung Papinians ein verneinender Sinn beizulegen ist. Diese Negation enthält auch die Stelle in dem Worte non. Allein entweder steht dies Wort dann nicht an der rechten Stelle und muß vielmehr vor sufficiet gesetzt werden, oder man hat den Satz in einen Fragesatz zu verwandeln, auf welchen das non mit dem Folgenden die Antwort gibt [1]). In beiden Fällen würde aber mit alias ein neuer Satz beginnen und der Sinn folgender, bei beiden Annahmen aber wesentlich derselbe sein: „Dagegen wenn beide (d. h. Vater und Kind) sich bei den Feinden befinden und der Vater als der frühere verstirbt, wird die lex Cornelia dem Substituten Nichts nützen; anders, als wenn, nachdem der Vater bei den

1) Bei der ersten Annahme würde der Satz so lauten: Sed si ambo apud hostes, et prior pater decedat, non sufficiet lex Cornelia substituto. Alias, quam si apud hostes patre defuncto postea filius in civitate decessisset. Bei der zweiten: Sed si ambo apud hostes, et prior pater decedat, sufficiet lex Cornelia substituto? Non (sc. sufficiet); alias, quam si apud hostes patre defuncto postea filius in civitate decessisset.

Feinden verstorben, das Kind nachher in civitate verstorben wäre." Oder: „Dagegen, wenn beide bei den Feinden sich befinden und der Vater als der frühere von beiden verstirbt, ob da die lex Cornelia dem Substituten Hülfe gewähren würde? Aber hier wird sie ihm nicht nützen (non sc. sufficiet, was vielleicht ursprünglich auch da stand, aber von dem Abschreiber absichtlich ausgelassen wurde, weil das Wort kurz vorher schon vorgekommen war); anders [1]), als wenn, nach dem Tode des Vaters bei den Feinden, späterhin der Sohn in civitate verstorben wäre." Für die letztere Erklärungsweise scheint noch zu sprechen, daß die Florentina sufficiat hat, was hierzu vollkommen passen würde, während bei allen anderen Erklärungsversuchen es nothwendig scheint, statt sufficiat ein sufficiet zu setzen, eine Lesart, welche sich freilich auch schon bei Haloander findet.

Nimmt man aber einen von diesen, gewiß von kritischer Seite nicht zu gewagten Erklärungsversuchen an, so verschwindet nicht nur jede Inconcinnität in der Stelle selbst, sondern auch jeder Widerspruch mit der Entscheidung des Scävola in dem bereits angegebenen fr. 29. Dig. de vulg. et pupill. substitut. Dennoch ist diese fast ebenso bestritten, wie die Entscheidung Papinians. Sie lautet:

> Si pater captus sit ab hostibus, mox filius, et ibi ambo decedant, quamvis prior pater decedat, lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit, nisi reversus in civitate impubes decedat, quoniam, et si ambo decessissent, veniret substitutus.

Vergleicht man diese Worte mit der Entscheidung Papinians in fr. 11. §. 1. cit., so läßt sich gar nicht verkennen, daß hier derselbe Fall entschieden werden soll, welchen Papinian vor Augen hatte, nur daß er hier vielleicht noch deutlicher sich angegeben findet. Abgewiesen werden muß auch hier vor Allem der Ge-

---

1) Ueber den Gebrauch von alias in dieser Bedeutung vgl. fr. 5. §. 8. Dig. commodati XIII. 6.

danke an eine gleichzeitige Gefangennehmung des Vaters und des unmündigen Kindes, ein Gedanke, welchen man wohl dadurch zu erreichen geglaubt hat, daß man mox = confestim, statim, continuo nahm, während doch mox diese Bedeutung nie hat. Hiervon abgesehen scheint allerdings in der nämlichen Weise, wie in der Stelle Papinians, der Anfang des Satzes mit dem Ende in Widerspruch zu stehen, und es sind deshalb Emendationen desselben versucht worden, welche den nämlichen Charakter an sich tragen, wie die verschiedenen Erklärungsversuche des fr. 11. §. 1. cit. Am einfachsten hat sich A. Faber[1]) geholfen, indem er das non vor pertinebit für unächt erklärt: eine Annahme, welche er dadurch zu rechtfertigen sucht, daß der Abschreiber das einfache substitutionem für das abgekürzte substit. non genommen habe. Ueberdies aber scheinen ihm auch die Worte nisi reversus in civitate impubes decedat erst durch einen späteren Erklärer beigefügt zu sein. Cujacius[2]) dagegen behält zwar das non vor pertinebit bei, wie er ja auch das non alias quam si in fr. 11. §. 1. gleich non aliter quam si nimmt, will jedoch, daß statt quoniam ein quamquam gelesen werde, so daß in diesen Worten dann ein Zweifelsgrund beseitigt wäre, der daher genommen werden könnte, daß, wenn beide in civitate verstorben wären, ja der Substitut ebenfalls zugelassen wird. Allein beide Erklärungen sind nicht der Art, daß sie als befriedigend und in der That emendirend angesehen werden könnten. Spricht gegen die von A. Faber versuchte schon die übergroße Kühnheit, welche einen ganzen Satz ohne Weiteres als unächt erklärt, so ist dagegen auch weiter noch einzuwenden, daß sie sich an eine Erklärung des fr. 11. §. 1. cit. anlehnt, die wir bereits als eine falsche haben verwerfen müssen. Aber auch die Erklärung des Cujacius ist wenig geeignet, der Entscheidung einen vernünftigen Sinn unterzulegen. Denn offenbar bleibt hierbei ein Widerspruch zwischen dem ersten

1) Conj. jur. civ. X. 7.

2) Lib. XXIX. quaest. Papin. (opp. T. IV. p. 785.).

Theile des Satzes und den Worten nisi reversus in civitate impubes decedat bestehen, der nämliche, welcher auch in fr. 11. §. 1. cit. zu Tage tritt, sobald man das non alias quam si in demselben mit „unter keiner andern Bedingung, als wenn" übersetzt. Es ist aber hierbei auf die nämliche Weise zu helfen, wie in jener Stelle. Wie Mühlenbruch bereits gethan hat, müssen nämlich die Worte nisi etc. gar nicht in Verbindung mit dem vorigen Satze, sondern als ein selbstständiger Satz gedacht werden, welcher am besten durch ein Semicolon von dem vorigen getrennt würde. Dem ersten Falle, wo beide, Vater und Kind, bei den Feinden verstarben, wird dann der zweite, wo der Sohn wieder zurückkehrt und in civitate verstirbt, nicht als eine Ausnahme entgegengestellt, was überhaupt ein Unsinn wäre, sondern als ein zweiter, freilich gerade entgegengesetzt zu behandelnder Fall, und auf ihn allein, nicht auf das non pertinebit des ersten Satzes beziehen sich dann die beigefügten Endworte: quoniam, et si ambo (sc. in civitate) decessissent, veniret substitutus, als ein Grund dafür, daß in diesem zweiten Falle allerdings die Pupillarsubstitution erhalten bleibt.

Wir sind hierdurch freilich zu einem Resultate gelangt, das der Entscheidung gerade entgegensteht, welche, bei vollkommener Durchführung des Gedankens der lex Cornelia, wie oben gezeigt, zu erwarten gewesen wäre. Allein diese Inconsequenz wird doch in der That sehr gemildert, wenn man bedenkt, daß der Grundsatz: in omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, quum captus est, wie ihn Ulpian in fr. 16. Dig. h. t. ausspricht, in seinem vollen Umfange wohl erst als ein Erzeugniß der späteren Doctrin angesehen werden kann und keineswegs unmittelbar aus den Worten der lex Cornelia selbst gefolgert werden konnte. Wenn man daher auch im Allgemeinen die Gültigkeit der Pupillarsubstitution bei der Gefangennehmung des Vaters oder Kindes nach diesem Grundsatze bemaß, so konnte man doch bei dem einzelnen Falle Be-

denken tragen, den Grundsatz in unbeschränkter Consequenz durchzuführen, um so mehr, als daneben auch die im jus postliminii liegende Hoffnung, der Gefangene werde wieder zurückkehren und damit ganz in seine früheren Verhältnisse zurücktreten, zu berücksichtigen war. Der vorliegende Fall mußte zu solchen Bedenken offenbar am meisten Veranlassung geben. Durch die Gefangennehmung des Vaters wie des Kindes waren die Voraussetzungen der Pupillarsubstitution nicht blos von einer, sondern von zwei Seiten verletzt. Durch eine zweifache Capitisdeminution, die eigene und die des Vaters, war das Kind aus dem Verhältniß herausgesetzt worden, welches die Voraussetzung für die Gültigkeit der Pupillarsubstitution bildet. Mochte nun auch die eine dieser Capitisdeminutionen mit dem apud hostes erfolgten Tode des Vaters oder Sohnes ihre Bedeutung verlieren, indem von da an von rückwärts der Verstorbene als in civitate gestorben angesehen wurde, so blieb doch immer das andere Hinderniß noch bestehen. Starb das Kind in der Gefangenschaft gar vor dem Vater, so mußte schon der Gedanke an die Möglichkeit, der Vater könne noch jure postliminii zurückkehren, den Gedanken an eine Gültigkeit der Pupillarsubstitution unterdrücken. Minder bedenklich hätte der Fall scheinen können, in welchem der gefangene Vater bei den Feinden früher verstarb, als das Kind. Denn indem mit dem eingetretenen Tode der Augenblick desselben auf die Zeit der Gefangennehmung zurückgeschoben wurde, traten im Wesentlichen nun diejenigen Verhältnisse ein, welche in dem oben unter Nr. 2. behandelten Falle vorliegen. Scävola sowohl als Papinian heben deshalb auch diesen Fall ausdrücklich [1]) hervor. Beide entscheiden sich aber nichtsdestoweniger auch in solcher Sachlage gegen die Gültigkeit des pupillarischen Testamentes, weil ja in dem Augenblicke, in welchem der Vater

1) In den Worten: quamvis prior pater decedat, und et prior pater decedat. In der letzten Stelle muß man dem et, wie Mühlenbruch richtig bemerkt, die Bedeutung eines etsi unterlegen.

rückwärts in civitate verstorben gilt, bereits das Kind selbst wieder nicht mehr in der Lage sich befand, daß die Pupillarsubstitution nach strengeren Grundsätzen hätte aufrecht erhalten werden können.

In einer etwas anderen Weise hat Mühlenbruch diese Inconsequenz zu beseitigen gesucht. Nach ihm hätte die lex Cornelia nur fingirt, daß der kriegsgefangene Bürger den zum Erben haben werde, welcher ihn beerbt haben würde, wenn er nicht in Gefangenschaft gerathen wäre, nicht aber: derselbe sei todt, so lange er noch wirklich am Leben ist. Das letztere ist nun ganz richtig; dagegen kann man nicht ohne Weiteres die Consequenz zugeben, welche Mühlenbruch weiter zieht, daß der Pupill, in Anwendung dieses Grundsatzes, als Gefangener gar kein Vermögen durch Erbrecht habe erwerben und deshalb auch nichts auf seinen Substituten habe übertragen können. So lange freilich der Pupill lebend bei den Feinden sich befand, blieb der Erwerb des Erbrechtes suspendirt. Mit dem Augenblicke des Todes, wie Ulpian ausdrücklich sagt, sollte aber im umfassenden Sinne Alles so angesehen werden, als wenn der Pupill in civitate im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben wäre. Der Pupill erwirbt, dem Vater gegenüber, als suus heres ipso jure. Wird nun fingirt, daß der Vater, der früher gefangen, darauf aber ebenfalls in der feindlichen Gefangenschaft verstorben war, im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben sei, daß darauf der Sohn, der später gefangen wurde und ebenfalls bei den Feinden starb, gleichfalls im Momente der Gefangennehmung als civis verstorben sei, so muß auch weiter angenommen werden, daß der Pupill mit alle dem Vermögen verstorben sei, das er gehabt hätte, wenn er im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben wäre. Dazu gehört aber offenbar auch die Erbschaft des Vaters, die ihm ipso jure zufiel. Die Inconsequenz würde sonach immer bleiben.

Mit dem eben behandelten Falle ist übrigens der Fall nicht zu verwechseln, wenn erst nach dem bei den Feinden er-

folgten Tode des Paterfamilias das Kind, dem substituirt worden, in feindliche Gefangenschaft geräth, und dort verstirbt. Dieser Fall wurde gewiß ebenso behandelt, wie wenn der Vater, ohne gefangen worden zu sein, vor der Gefangennahme des Kindes in civitate verstarb, und muß demnach, gleich Nr. 3., dahin entschieden werden, daß hier wenigstens utiles actiones gewährt wurden. Dies folgt auch aus den allgemeinen Worten Papinians in fr. 10. §. 1.: Si *mortuo patre* capiatur impubes etc., unter welche der eben erwähnte Fall jedenfalls mit gestellt werden kann.

§. 14.

c) Fortsetzung und Beschluß.

Der nach der lex Cornelia berufene testamentarische oder Intestaterbe erwirbt die Erbschaft des Gefangenen nach den nämlichen Grundsätzen, welche eingetreten sein würden, wenn der Gefangene in civitate, im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben wäre [1]). Sein Erwerb erstreckt sich danach nicht blos auf das, was der Gefangene selbst in civitate zurückließ; es gehört dazu auch noch der Anwachs, welcher das Vermögen während der Gefangenschaft erhalten hat, mit andern Worten Alles, was der Gefangene selbst auch erhalten haben würde, wenn er jure postliminii zurückgekehrt sein würde [2]).

---

1) fr. 22. pr. Dig. h. t. Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint ibique decesserint, sive testamenti factionem habuerint, sive non habuerint, ad eos pertinent, ad quos pertinerent, si in potestatem hostium non pervenissent. Idemque jus in eadem causa omnium rerum jubetur esse lege Cornelia, quae futura esset, si hi, de quorum hereditatibus et tutelis constituebatur, in hostium potestatem non pervenissent.

2) fr. 22. §. 1. eod. Apparet ergo, eadem omnia pertinere ad heredem ejus, quae ipse, qui hostium potitus est, habiturus esset, si postliminio revertisset. Porro quaecunque servi captivorum stipulantur vel accipient, acquiri dominis intelliguntur, quum postliminio redierint; quare necesse est etiam ad eos pertinere,

War der berufene Erbe ein heres voluntarius, so war diesem noch hinzugekommenen Erwerb der Gesichtspunkt unterzulegen, als wenn dieser Erwerb einer hereditas jacens gemacht worden wäre. War dagegen der berufene Erbe ein heres necessarius, so mußte, in consequenter Anwendung der fictio legis Corneliae, es rückwärts so angesehen werden, als wenn der heres necessarius bereits von dem Augenblicke der Gefangennehmung des Erblassers an in die Erbschaft eingetreten wäre, und der Erwerb galt daher auch rückwärts nun als dem heres necessarius selbst gemacht. Aber natürlich fiel ihm auch nur das zu, auf was er dann als heres Anspruch hätte machen können.

Dieser Unterschied zeigte sich insbesondere bei dem unterdeß durch Sclaven und Filiifamilias gemachten Erwerb an Besitz [1]) und sonstigen Vermögensrechten. Was den Erwerb durch Sclaven anlangt, so fiel dieser immer dem heres zu; denn dieser Erwerb gehörte immer zu dem Vermögen, bonorum fuerunt, et esse perseverant [2]). Anders dagegen bei dem Erwerb durch Filiifamilias; denn indem diese nun rückwärts als vom Augenblicke der Gefangennehmung des Vaters an als Patresfamilias galten, hatten sie auch, was sie erworben, nicht mehr dem Vater, sondern sich selbst erworben. Bei der Berechnung dessen, was zur Erbschaft des Captivus ge-

---

qui ex lege Cornelia hereditatem adierint. Quodsi nemo ex lege Cornelia heres exstiterit, bona publica fient. Legata quoque servis eorum praesente die vel sub conditione ad heredes pertinebunt. Item si servus ab extero heres institutus fuerit, jussu heredis captivi adire poterit.

1) fr. 22. §. 3. h. t. Quae peculiari nomine servi captivorum possident, in suspenso sunt; nam si domini postliminio redierint, eorum facta intelliguntur, si ibi decesserint, per legem Corneliam ad heredes eorum pertinebunt. Ueber den vom Gefangenen selbst früher ausgeübten Besitz s. fr. 15. pr. de usurpatt. XLI. 3. fr. 44. §. 7. eod.

2) fr. 1. Dig. h. t. Quod servus ejus, qui ab hostibus captus est, postea stipulatus est, aut si legatum sit servo ejus, posteaquam ille ad hostes pervenit, hoc habebunt heredes ejus, quia et, si captivitatis tempore decessisset, acquisitum foret heredi.

höre, besonders bei den Erbschaftsquoten, konnte deshalb auf diesen Erwerb keine Rücksicht genommen werden [1]).

War der Erwerb der Sclaven oder Hauskinder aber durch Stipulationen, welche dieselben mit dritten Personen abgeschlossen hatten, geschehen, so wurde es von Wichtigkeit, ob die Stipulationen von den Sclaven oder Hauskindern auf ihren eigenen Namen oder auf den des bei den Feinden befindlichen Dominus resp. Hausvaters abgeschlossen worden waren. Im ersten Falle trat der eben erwähnte Unterschied ein. Im zweiten Falle mußte jedoch in Berücksichtigung gezogen werden, daß eine auf den Namen eines Non-Dominus von einem Sclaven oder Haussohn abgeschlossene Stipulation ohne Gültigkeit war. Denn wenn der Hausherr resp. Hausvater nach der lex Cornelia nun rückwärts als bereits verstorben galt, so litt eine Stipulation auf den Namen desselben, wenn er auch damals noch wirklich bei den Feinden gelebt hätte, juristisch allerdings an diesem Mangel, während sie natürlich ebenso gültig gewesen sein würde, wenn der Vater resp. Hausherr jure postliminii zurückgekehrt wäre. Papinian entscheidet in der That daher auch, daß wegen dieses Grundes Stipulationen dieser Art für ganz nichtig erklärt werden müßten, und zwar ohne Unterschied, ob dieselben von einem Sclaven oder Filiusfamilias vorgenommen worden seien, da in beiden Fällen der Fehler der Stipulation ganz gleichmäßig vorlag, daß die-

---

1) fr. 12. §. 1. Dig. h. t. Si quis capiatur ab hostibus, hi, quos in potestate habuit, in incerto sunt, utrum sui juris facti, an adhuc pro filiisfamiliarum computentur. Nam defuncto illo apud hostes, ex quo captus est, patresfamiliarum, reverso, nunquam non in potestate ejus fuisse credentur. Ideo et de his, quae medio tempore acquirunt stipulatione, traditione, legato (nam hereditate non possunt) tractatum est, ubi non est reversus, si forte alii vel in totum his exheredatis testamento, vel in partem instituti sunt heredes, utrum id hereditate captivi, quae lege Cornelia inducitur, an proprie ipsorum sint? Quod verius est. Diversumque in his, quae per servos acquiruntur; merito, quia hi bonorum fuerunt, et esse perseverant, hi sui juris exinde sibique ideo acquisisse intelliguntur. — fr. 22. §. 2. eod.

selbe für einen Fremden und noch dazu für einen bereits Verstorbenen abgeschlossen war [1]).

Aber nicht blos die Beerbung des Gefangenen nach dem Rechte der hereditas oder bonorum possessio konnte die Folge der fictio legis Corneliae sein. Wenn der Tod des Gefangenen in civitate nicht eine eigentliche Beerbung, sondern die Einziehung des Vermögens jure peculii zur Folge gehabt hätte, so war die Folge der fictio legis Corneliae auch nur diese und keine andere. War daher z. B. ein filiusfamilias mit Hinterlassung eines peculium castrense und eines Testamentes über dasselbe verstorben, so kam es darauf an, ob die eingesetzten Erben antraten oder nicht. Im ersten Falle trat die testamentarische Succession nach den gewöhnlichen Regeln ein, im zweiten Falle ebenso consequent Devolution des Peculiums an den Vater [2]). Wie genau man aber dabei immer daran festhielt, daß die Todeszeit des Gefangenen auf den Moment seiner Gefangennehmung zu setzen sei, ist besonders gerade bei einer Stelle des Paulus noch erkennbar, welche sich auf ein solches, von einem filiusfamilias miles über ein peculium castrense errichtetes Testament bezieht. Die Stelle ist

---

1) fr. 18. §. 2. Dig. de stipulatt. serv. XLV. 3. Servus, capto domino ab hostibus, domino dari stipulatus est. Quamvis quae simpliciter stipulatur, vel ab alio accepit, etiam ad heredem captivi pertineant, aliudque sit juris in persona filii, quia nec tunc fuit in potestate, quum stipularetur, nec postea deprehenditur, ut servus in hereditate, tamen in proposito potest quaeri, num ex hac stipulatione nihil acquisitum heredi videatur, quomodo si servus hereditarius defuncto, aut etiam heredi futuro stipulatus fuisset? Sed in hac specie servus filio exaequabitur; nam et si filius captivi patri suo stipulatus fuerit dari, res in pendente erit, et si pater apud hostes decesserit, nullius momenti videbitur fuisse stipulatio, quoniam alii, non sibi stipulatus est. Vgl. fr. 16. eod.

2) fr. 14. pr. Dig. de castrensi pec. XLIX. 17. Filiusfamilias miles si captus apud hostes vita fungatur, lex Cornelia subveniet scriptis heredibus; quibus cessantibus, jure pristino peculium pater habebit.

fr. 39. Dig. de testam. milit. XXIX. 1. Si filiusfamilias miles captus apud hostes decesserit, dicemus legem Corneliam etiam ad ejus testamentum pertinere. Sed quaeramus: si pater ejus prius in civitate decesserit, relicto nepote ex filio, an similiter testamentum patris rumpatur? Et dicendum est, non rumpi testamentum, quia ex eo tempore, quo captus est, videtur decessisse.

Der hier behandelte Rechtsfall setzt einen filiusfamilias miles voraus, welcher über sein peculium castrense testirt hatte und darauf, mit Zurücklassung einer schwangeren Frau, in feindliche Gefangenschaft gerathen war. Während der Filiusfamilias noch in feindlicher Gefangenschaft lebte, kam die zurückgelassene Frau mit einem Kinde nieder; darauf starb der Großvater (Vater des Gefangenen) in civitate, nach ihm auch der Gefangene, bei dessen bekannt gewordenem Tode nun die Frage entstand, ob nicht das von dem Gefangenen hinterlassene Testament durch die Agnation des posthumus rumpirt zu erachten sei? Hätte es sich um das Testament des Großvaters gehandelt, so würde allerdings der Enkel von dem in der Gefangenschaft verstorbenen Sohne das Testament rumpirt haben, und darauf deutet auch Paulus mit dem Worte similiter hin. Nicht ebenso war aber in Betreff des Testamentes des Gefangenen zu entscheiden, weil diesem gegenüber der geborene Enkel gar nicht in die Lage eines suus heres gekommen war. Denn da nach der fictio legis Corneliae es so zu denken war, als ob der gefangene Vater bereits im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben wäre, so kam der geborene Enkel lediglich in die Gewalt des Großvaters und konnte durch sein Agnasciren auch nur das Testament dieses, nicht das Testament des Vaters rumpiren[1]).

Die weitumfassende Bedeutung der lex Cornelia zeigt sich endlich noch in Anwendungen, welche mit der Frage über

---

1) Vgl. auch fr. 33. §. 1—3. Dig. eod. Cujacius ad h. l. Lib. IX. quaest. ad Jul. Paul.

Beerbung eines Gefangenen in gar keiner weiteren Verbindung stehen. Hierher gehört besonders noch eine Entscheidung Ulpians über die Frage, in wie weit eine Schenkung unter Ehegatten für den Fall, daß beide zu gleicher Zeit gefangen genommen würden, als convalescirt zu betrachten sei oder nicht[1]). War die Ehe nur durch die Gefangennehmung des einen Ehegatten aufgelöst worden und dieser dann durante captivitate verstorben, so hing die Frage über Convalescenz der Schenkung davon ab, ob der gefangene Ehegatte der Schenker oder der beschenkte Theil war. Im ersten Falle galt die Schenkung als convalescirt, im zweiten kam es auf den fortdauernden Willen des Schenkers an[2]). Wenn aber beide zu

---

1) fr. 32. §. 14. Dig. de donatt. inter vir. et uxor. XXIV. 1. Si ambo ab hostibus capti sint, et qui donavit, et cui donatum est, quid dicemus? Et prius illud volo tractare. Oratio, si ante mors contigerit ei, cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit; ergo si ambo decesserint, naufragio forte, vel ruina, vel incendio, quid dicemus? Et si quidem possit apparere, quis ante spiritum posuerit, expedita est quaestio; sin vero non appareat, difficilis quaestio est. Et magis puto, donationem valuisse, et his ex verbis orationis defendimus. Ait enim oratio: SI PRIOR VITA DECESSERIT, QUI DONATUM ACCEPIT. Non videtur autem prior vita decessisse, qui donatum accepit, quum simul decesserint. Proinde rectissime dicetur, utrasque donationes valere, si forte invicem donationibus factis simul decesserint, quia neuter alteri supervixit, licet de commorientibus oratio non senserit. Sed quum neuter alteri supervixerit, donationes mutuae valebunt, nam et circa mortis causa donationes mutuas id erat consequens dicere, neutri dandam condictionem; locupletes igitur heredes donationibus relinquent. Secundum haec si ambo ab hostibus simul capti sint, amboque ibi decesserint, an simul utrinque captivitatis spectemus tempus, ut dicamus donationes valere, quasi simul decesserint, an neutrum, quia vivis eis finitum est matrimonium, an spectemus, uter prius decesserit, ut in ejus persona non valeat donatio, an uter redierit, ut in ejus valeat? Mea tamen fert opinio, ubi non reverterunt, ut tempus spectandum sit captivitatis, quasi tunc defecerint; quodsi alter redierit, eum solum videri supervixisse, qui rediit. —

2) Dem steht nicht entgegen fr. 32. §. 6. eod. Die Stelle spricht von einem servus fieri *privati*, also einer capitis deminutio maxima,

gleicher Zeit in feindliche Gefangenschaft gerathen waren, so mußte auch hier — abgesehen von dem Falle, wenn beide oder auch nur einer von beiden wieder jure postliminii zurückkehrten[1]) — die fictio legis Corneliae zur Anwendung kommen. Hiernach waren aber beide dann im Verhältniß zu einander als Commorienten zu behandeln, mochte auch ihr Tod bei den Feinden zu verschiedenen Zeiten erfolgt sein; und weil danach keiner den andern, folglich auch nicht der Schenker den Beschenkten überlebt hatte, mußte die Schenkung als convalescirt gelten.

Gleiche Beziehung hat die Entscheidung des Pomponius in fr. 10. pr. soluto matrimonio XXIV. 3., wonach, wenn eine Frau, die von ihrem Vater eine dos profectitia erhalten hat, durch Gefangennehmung der Ehe entrissen wird und dort stirbt, der Vater doch die gewöhnlichen Dotalklagen zur Rückforderung der dos haben soll, ac si nupta decessisset, obgleich in Wahrheit die Auflösung der Ehe noch bei Lebzeiten der Frau erfolgt war[2]). Man sahe es auch hier so an, als ob die Frau im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben wäre.

---

bei welcher der Schenker oder der Beschenkte als Sclav in civitate verbleibt.

1) Darüber fr. 32. §. 11. eod.

2) Si ab hostibus capta filia, quae nupta erat, et dotem a patre profectam habebat, ibi decesserit, puto dicendum, perinde observanda omnia, ac si nupta decessisset, ut, etiamsi in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat.

Quellenregister.

I. Vorjustinianeische Quellen.

a. Nichtjuristische.

III. Nachjustinianeische Quellen.

Druckfehler und Berichtigungen.

Seite 1. letzte Zeile statt fr. 5. §. 1. lies fr. 5. §. 7.
„ 29. Z. 17. st. fr. 7. pr. 6. l. fr. 7. pr.
„ 51. Z. 10. st. fr. 5. §. 4. 5. l. fr. 19. §. 4. 5.
„ 90. letzte Z. st. §. 5. fr. 1. l. §. 5. fr. cit.
„ 123. Z. 3. st. fr. 6. §. 51. l. fr. 6. §. 12.
„ 130. Z. 25. 26. st. fr. 4. §. 2. de bon. libert. XXVIII. 2. l. fr. 4. §. 2. de bonis libert. XXXVIII. 2.
„ 186. Z. 25. st. promovemur l. permovemur.
„ 204. Z. 4. von unten l. l. 129. st. l. 119.

Gebauersche Buchdruckerei in Halle.